HDI
HL 10KM T

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Aug. 15, 1901

Magazin

für

hannoverſches Recht.

Eine Zeitſchrift

unter Mitwirkung der Herren:

O.-A.-G.-Vice-Präſidenten **von Düring** zu Celle,
Oberjuſtizraths **Siebenhaar** zu Hannover,
Obergerichts-Anwalts Dr. **Grefe** zu Göttingen
bei der Redaction,

herausgegeben vom

Oberappellationsrathe **von Klencke**
zu Celle.

Band III.
(Jahrgang 1853.)

Hannover.
Carl Rümpler.
1853.

Rec. Aug. 15, 1901

Schrift und Druck von Fr. Culemann in Hannover.

Inhaltsverzeichniß des dritten Bandes.

Heft 1.

I. Wie ist der Rechtsunsicherheit entgegen zu arbeiten, welche sich bei der Anwendung neuer Gesetze einzustellen pflegt? . . . . . Seite 3

II. Ueber die Auslegung des §. 10 des Gesetzes vom 5. September 1848, insbesondere über die Befugniß der Gerichte, die Nothwendigkeit einer Verwaltungsmaßregel zu prüfen, um danach die Zuständigkeit der betr. Verwaltungsbehörde zu bemessen. Vom V.-P. v. Düring Seite 10

III. Rechtsfälle und Präjudicien nebst rechtlichen Erörterungen. Mittheilungen der Herren Aud. Dröge, Marcard, V.-P. v. Düring u. A. . . . . Seite 37

IV. Noch eine Bemerkung zum Verjährungsgesetz von 1850. Vom Herrn Amtsrichter Wedekind zu Lüneburg . . . . . Seite 72

V. Zur bürgerlichen Proceß-Ordnung vom 8. November 1850. Erörterungen der Herren OG-Anwalt Koellner zu Verden, Dr. Northoff zu Hildesheim, Dr. Friederici zu Hannover, OG-Vicedirector v. Bobers, Auditor Leopold zu Göttingen, V-P. v. Düring u. A. . . . . Seite 76

VI. Bemerkungen zur Straf-Proceß-Ordnung von 1850. Vom Herrn OG-Assessor Hasenbalg zu Nienburg. Nebst Entscheidungen des O-G. zu Hannover und des Cassationssenats zu Celle . . . Seite 130

VII. Ueber die s. g. Reise-Apotheke der Aerzte und Wundärzte, mit einem polizeilichen Rechtsfall. Vom OG-Anwalt Dr. Grefe . Seite 164

VIII. Amtliche Erlasse. (Just.-Min.-Reser. in Bezug auf Anwälte, Gerichtskosten ꝛc.) . . . . . Seite 172

IX. Miscellen. (Personal des Ober-Appellationsgerichts seit 1711—1853.) Bücheranzeigen . . . . . Seite 181

Heft 2.

I. Die Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbniß-Sachen. Vom Herrn Ober-Appellationsrath von Werlhof zu Celle . . . . . Seite 201

II. Ausdehnung des statutarischen Erbrechts der Eheleute in der Stadt Einbeck auf Nichtbürger. . . . . Seite 230

III. Erörterungen aus dem Meierrechte. Vom V.-Präs. v. Düring. Seite 240

IV. Einige Bemerkungen über das Retractrecht ex jure gentilitio, insbesondere im Osnabrückschen. Vom Hrn. Stadtsecretair und Obergerichts-Anwalt André zu Osnabrück. . . . . Seite 246

V. Enthält die neue hannoversche Gesetzgebung Vorschriften zur Entscheidung der Frage, ob die Klag-Verjährung schon durch die Einreichung der Klag-Anträge, oder durch welchen späteren Akt unterbrochen werde? Vom Hrn. Obergerichts-Anwalt Hoppe zu Hameln. . . Seite 253

VI. Zur Allg. bürg. Proceß-Ordnung vom 8. November 1850. Erörterungen der Herren Auditor Werenberg zu Lüneburg, O.-G.-Anwalt Dr. Oppermann zu Nienburg, O.-G.-Rath Dr. Twele zu Dannenberg und V.-Präs. von Düring. . . . . Seite 259

VII. Zur hannoverschen Strafproceß-Ordnung vom 8. November 1850.
1. Ueber Civilpartei und Adhäsion. Vom Hrn. Gerichts-Assessor von Ompteda zu Göttingen . . . . . Seite 316
2. Das Verfahren auf Ausbleiben in der Berufungsinstanz. Vom Hrn. O.-G.-Assessor E. Schwarz zu Göttingen. . . . . Seite 329
3. Zum §. 120 der St.-P.-O. . . . . Seite 336

VIII. Bericht aus den Sitzungen des Schwurgerichtshofes zu Hildesheim vom zweiten Quartal 1853. Vom Hrn. O.-G.-Secr. Dr. Pelizäus zu Hildesheim. . . . . Seite 337

IX. Amtliche Erlasse. (Regelung der Advocatur. Gebührentaxe. Auditoren.) . . . . . Seite 350

X. Bücherschau. . . . . Seite 357

Heft 3.

I. Ueber die jetzige Anwendbarkeit der Stadtrechte auf früher exemte Personen und Grundstücke und in neu angeschlossenen Bezirken. Vom Herrn O.-G.-V.-D. Dr. Francke zu Stade . . . . Seite 361

II. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Gesetzes vom 22. Sept. 1850, die Verjährung persönlicher Klagen ꝛc. betreffend. Von den Herren Dr. Schnell zu Hannover, Dr. Francke zu Stade, und Bojunga zu Aurich . . . . . Seite 374

(Verjährung der Klagen der Lotterie-Collecteure. — Restitution propter absentiam ꝛc. — Zum §. 11 des Gesetzes mit Rücksicht auf das Allg. Preuß. Landrecht.)

III. Die bisherige Thätigkeit des durch die hannoversche Gesetzgebung vom 8. Nov. 1850 beim K. Oberappellationsgerichte zu Celle angeordneten Cassationssenats . . . . . Seite 382

IV. Uebertragung gerichtlicher Verwaltung auf ein anderes Amtsgericht. Zum §. 22 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 8. Nov. 1850. Vom Herrn Obergerichtsrathe Ayrer zu Verden . . . Seite 421

V. Bemerkungen zum Gesetze vom 4. Mai 1852, die Uebergangsbestimmungen in das neue Proceßverfahren betreffend, insbesondere mit Rücksicht auf Civilprocesse. Vom V.-Pr. v. Düring . Seite 431

VI. Bemerkungen zur Allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung vom 8. Nov. 1850. Von den Herren Dr. Francke, Gerichts-Assessor Peterßen, A.-Ger.-Assessor Schwiening und Dr. Oppermann Seite 443

(Zu den §§. 2, 4 und 190 — S. 443. Zum §. 62 — S. 444. Zum §. 153 — S. 446. Zum §. 196 — S. 448. Zu den §§. 376. 388 — S. 450. Zum §. 412 — S. 453. Zum §. 478 — S. 454. Zum §. 557 — S. 457.)

VII. Bemerkungen zur Strafproceß-Ordnung und zum Proceßgesetze in Steuercontraventionen vom 8. Nov. 1850. Von den Herren Dr. Francke, O.-Ger.-Rath Ayrer, O.-Ger.-Assessor Hasenbalg, u. A. Seite 459

(Zum §. 32 der St.-Pr.-O. — S. 459. Zu den §§. 204 u. ff. — S. 460. Zum §. 207 u. ff. — S. 464. Zum §. 211 — S. 466. Zum Steuerproceßgesetze v. 8. Nov. 1850 — S. 469.)

VIII. Amtliche Erlasse (des K. Justiz-Ministeriums) . . . . Seite 471

Systematisches Inhaltsverzeichniß

zu

Band I. und II des Magazins für hannoversches Recht.

I. Generalia.

Programm der Zeitschrift Band I. Seite 1—7.

Miscellen. (Mitglieder des Obermedicinal-Collegii. — Revision der Reisekostenansätze der Beamten. — ꝛc.) I. 204. (Genfer Gerichtswesen.) I. 466. (Personalien.) II. 331. (Geschlossenheit des Grundbesitzes.) II. 338.

Literaturübersichten. Büchera nzeigen. I. 213. 469—474. II. 333—340. 489—500.

II. Staatsrecht.

Ueber das Verhältniß der Justiz zur Administration, insbesondere nach hannoverschem Rechte. I. 7—43. Zweiter Aufsatz. (Über Entschädigungsklagen gegen Verwaltungsbehörden). I. 215—226. Ueber die bei richterlicher Aufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörde zu wahrende Form. I. 226—230.

Vom Begnadigungsrechte. I. 73—98.

Ueber die Verpflichtung des Staates aus unerlaubten Handlungen seiner Behörden und Diener. II. 343—359.

Beschwerden der hannov. Provinzial-Landsch. (Literaturübersicht.) I. 469—472. II. 495.

III. Kirchenrecht.

Ueber den verfassungsmäßigen Weg bei Veränderung in den hannov. Consistorialeinrichtungen. I. 43—50.

Ueber die religiöse Erziehung der von Eltern verschiedener Confessionen abstammenden Kinder. Rechtsfall. I. 382—388

Ceremonieen bei christlicher Eidesleistung. I. 461—463.

Competenz der Behörden in Ehesachen in den hannov. früher preuß. Landestheilen. I. 463—465.

Competenz des hannov. Consistorii in den auf Vollziehung der Ehe gerichteten Klagen, wenn von einem Ausländer das Eheverlöbniß in dessen Sprengel abgeschlossen ist. II. 455—456.

Zur Lehre von den landesherrlichen Ehescheidungen im Königreiche Hannover. II. 167—190.

Jüdische Sachwalter werden im K. Sachsen bei christlichen Ehescheidungs-Processen nicht zugelassen. I. 465.
Scheidung jüdischer Eheleute. I. 204.
Kirchenrechtliche Mittheilungen über das Fürstenthum Osnabrück. II. 491—494.
Tragung und Vertheilung der Schullasten. (Min.-Resc.) II. 314—325.
Ueber das weltliche Kirchencommissariat. (Min.-Resc.) II. 473—475.
Einziehung der von einem später säcularisirten Kloster verwalteten Anniversarien-Capitalien durch den Landesherrn bei Gelegenheit der Säcularisation. Legitimation des Bischofs der Diöcese, deren Wiederherstellung vom Landesherrn zu verlangen II. 422—431.
Ist ein vom bischöflichen General-Vicariate in Hildesheim von seiner Pfarre Entlassener berechtigt, bei dem weltlichen Gerichte eine Entschädigungsklage zu erheben? II. 431—435.
Thurm für verworne Eheleute. II. 328.

IV. Civilrecht.

Collision der Ortsgesetze in Beziehung auf die Dauer der Verjährung. II. 435—441.
Ueber die s. g. Realgemeinden. II. 217—221.
Decreta de alienando bei Pupillengrundstücken. II. 312—314.
Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes, einige Reformen im Hypothekenwesen betr. I. 230—278.
Vom Immissionsrechte im Lande Hadeln. II. 391—401.
Ueber bäuerliche Rechtsverhältnisse im Hannoverschen. Präjudizien:
Nothwendigkeit gutsherrlicher Genehmig. zu Processen über das Colonatrecht, des decreti de alienando bei Erbverträgen; Notherbenrecht bei Erbverträgen; poenae sec. nupt. bei Meierleuten; Amtliche Genehmigung bei Abtretung eines gutsherrnfreien Bauerhofs in der Grafschaft Hoya. I. 171—173.
Nach der Calenberg. Meier-Ordnung sind abgefundene Kinder des letzten Besitzers im Zweifel als Singularsuccessores desselben zu betrachten. Ein von der Anerbin ihrem Ehemanne zugebrachtes Meiergut kann im Concurs des Ehemanns von Jener selbst dann nicht vindicirt werden, wenn der Ehemann nicht bemeiert worden. I. 397. 401.
Anerbenrecht im vormal. Amte Auburg. I. 456—461.
Anerbenrecht auf frei gewordenen Osnabrückschen Bauerhöfen. II. 283—289.
Anerbenrecht auf freien Hoyaschen Bauergütern. II. 222—226.
Reallasten in der Grafschaft Hohnstein und dem Amte Scharzfels. II. 328.
Beweislast bei der neg. gestio, dem interdictum quorum bonorum, der dos profectitia. II. 291—302.
Beweiskraft der Handelsbücher. II. 232—240.
Unterschied zwischen Verzugs- und Proceß-Zinsen. II. 443—444.
Der sechste Zinsthaler ist im Calenb. verboten. II. 445.
Die Weserschifffahrtsstraße als Ausland bei Steuercontraventionen. I. 287—295.
Computation der gesetzlichen 182 Tage bei frühreifen Geburten. I. 388.
Unzulässigkeit der Civilklage auf öffentliche Strafe wegen Injurien. I. 174—180.

Zum hannoverschen Verjährungsgesetze vom 22. September 1850. II. 190—212. II. 359—390.
Verjährung der Stuprationsklage nach Preuß. Allg. Landr. II. 435—438.
Legitimatio eines adulterini per subseq. matr. I. 393.
Testamentarische Befreiung des Vormunds vom Inventar. ꝛc. I. 390.
Die ehelichen Güterrechte im Lande Hadeln. II. 401—419.
Zurückforderung der dos profectitia. I. 278—287.
Res judicata in Bezug auf Dotalprocesse des Ehemanns. II. 212.
Steht den jüdischen Ehefrauen das privilegium dotis zu? II. 441—442.
Zur Lehre vom beneficio inventarii. II. 447—453.
Ueber den Beweis bei der Einrede mehrerer Miterben. II. 453.
Ueber die d. Gerichten verschlossen übergebenen Testamente. I. 393—397.
Gültigkeit der Erbverträge über den Nachlaß eines Dritten ohne dessen Zustimmung. II. 442—443.

V. Gerichtsverfassung. Civilproceß.

Gerichtsstand: der beurlaubten Trainsoldaten. I. 201. der Feldjäger in Straffachen. II. 327.
Competenzbest. rücksichtlich des Communion-Bergamts zu Goslar. I. 199.
Beseitigung des fori reconventionis nach der mit Erfolg bestrittenen Competenz in der Vorklage. II. 457.
Actenversendung. Spruchcollegium der Univ. Göttingen. I. 207.
Bedarf an Localen für die neuen Obergerichte. Cassirung älterer Acten. I. 208—213.
Rechtshülfe preuß. Gerichte. I. 199.
Competenz der Behörde bei Ertheilung des Armenrechts. I. 187—189.
Stellung der hannoverschen Civil-Proceß-Ordnung von 1850 zum gemeinen Proceß. I. 50—72.
Der Proceßgang nach der B.-P.-O. von 1850 an einzelnen Rechtsfällen dargestellt. II. 248—275.
Justiz-Min.-Rescripte zur B.-P.-O. von 1850 und zur neuen Gerichtsverfassung. II. 476—482.
Glossen zur neuen Proceßgesetzgebung von 1850. II. 483—488.
Unzulässigkeit eines Sachführers zugleich als Notars in derselben Sache. I. 184—186.
Genaue Substantiirung der Angriffs- oder Vertheidigungshandlungen im Processe. II. 240—247.
Beweiskraft der Handelsbücher. II. 232—240.
Eidesdelation behuf Erweisung eines Gewohnheitsrechts. II. 458.
Rechtsmittel mit Suspensiveffect wider Decrete, durch welche ein Arrest relarirt wird. I. 180—184.
Prolongation der App.-Rechtsf.-Frist. I. 186.
Zur Berechnung der Appellationssumme. I. 189—192.
Das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde im Civilproceß. II. 226—232.

VI. Criminalrecht. Criminalproceß.

Zusammensetzung der Kriegsrechte (Militairstrafgerichte). I. 203.
Begnadigungsrecht und Wirkungen der Begnadigung. I. 73—97.
Competenz des hannov. Criminal-Richters und -Gesetzes in Beziehung auf im Auslande begangene und bereits bestrafte Verbrechen. I. 98—119.

Zur Kritik der hannoverschen Strafgesetzgebung. I. 120—130.
Das Institut der s. g. Beißkatze. II. 328—330.
Blödsinn — Gemüthsgebrechen? II. 303.
Strafe des Excesses der Nothwehr. I. 295—301.
Aufruhr. II. 459—462.
Meineid. I. 162.
Brandstiftung. I. 102—198. 301—325. II. 43. 462—365.
Verbrechen wider die Religion. I. 326—331.
Mord. II. 44.
Mordversuch. Rechtsfall. I. 403—424.
Strafe des versuchten Giftmordes. I. 332—339. 445—450.
Kindesmord. I. 164.
Tödtung im Raufhandel. II. 46.
Körperverletzung. II. 46. II. 309.
Schändung. II. 466—470.
Diebstahl mit Nachschlüsseln. I. 166.
Ausgezeichnete Betrügereien mittelst Urkunden. I. 167. II. 49.
Strafe bei geringfügigem ausgez. Betruge erster Klasse. II. 275—282.
Raub. II. 51.
Eidliches Zeugniß eines Zeitschrift-Redacteurs. II. 471.

Schwurgerichtliches.

Glossen zu den Gesetzen über schwurgerichtl. Verfahren. I. 130—143.
Bericht der Oberstaatsanwaltschaft über das schwurgerichtliche Verfahren bei den hannov. Gerichten im Jahre 1850. I. 144—170. — im Jahre 1851. II. 3—74.
Ueber das Zusammenwirken der Staatsrichter und der Geschworenen als vorzügliches Mittel der Erzielung gerechter Wahrsprüche. II. 75—97.
Erörterungen und Mittheilungen aus der Praxis des K. O.-A.-G. in Beziehung auf das Gesetz über mündlich-öffentliches Verfahren mit Geschworenen. II. 98—164.
Cassiren des Wahrspruchs der Geschworenen bei einstimmig abweichender Ansicht der Mitglieder des Gerichtshofs. I. 340—344. 425.
Wahrspruch der Geschworenen. Widerspruch. Vervollständigung. I. 444. 446. 447.
Zur Lehre von der Fragstellung an die Geschworenen. I. 344—381. 156—162. 403—424. II. 29—43.
Ministerialrescripte in Bezug auf schwurgerichtliches Verfahren. I. 452—456.
Competenz der Geschworenen zur Entscheidung im Verhältniß zu den Richtern. I. 160. 362. II. 40. 87. 130. 134. (Fortgesetztes Verbrechen.) I. 362. II. 34. 139. (Jugend als Milderungsgrund.) I. 368. II. 135. (Versuch.) II. 137. (Fahrlässigkeitsgrad.) II. 41. 137.
Zeugniß im schwurgerichtlichen Verfahren. I. 427.
Nichtigkeitsbeschwerde. I. 146. 430. 451. II. 19. 106. 116 ꝛc. 309.

Magazin

für

hannoverſches Recht.

Dritten Bandes erſtes Heft.

I.

Wie ist der Rechtsunsicherheit entgegenzuarbeiten, welche sich bei der Anwendung neuer Gesetze einzustellen pflegt?

Bei der größeren Regsamkeit, welche sich in neuerer Zeit in Beziehung auf Gesetzgebung kund gethan hat, liegt die Veranlassung nahe, die Aufmerksamkeit auf Mittel hinzulenken, welche einer möglichst festen, gleichmäßigen Anwendung der neuen Gesetze förderlich sind, um derjenigen Rechtsunsicherheit entgegenzuarbeiten, die nur zu leicht im Gefolge des Wechsels in den Gesetzen ist. Vielleicht verdienen zu diesem Zwecke die nachfolgenden Winke einige Beachtung.

§. 1.

Thunlichste Sorgsamkeit bei Abfassung der Gesetze.

So wenig dem ständischen Wesen sein Werth, auch in Beziehung auf Legislation, abgesprochen werden soll, so ist doch in gewisser Hinsicht sein Einfluß auf die Abfassung der Gesetze kein günstiger.

Zunächst ist schon der Umstand, daß gar häufig aus den Ständen der Antrag auf baldigen Erlaß dieses oder jenes Gesetzes hervorgeht, und die Regierung für andere Fälle Veranlassung genug hat, sich solchen Anträgen möglichst entgegenkommend zu erweisen, nicht selten die Ursache, daß die an die Stände gelangenden Gesetzentwürfe der Vorprüfung von Fachmännern zuvor nicht unterzogen sind, welche bei Einrichtung des Staatsraths beabsichtigt ist. Damit das Gesetz in seinem System und in seiner Fassung aus einem Gusse komme, ist

es erforderlich, daß dessen Ausarbeitung nur einer Person übertragen wird. Die spätere Prüfung aber, welche diese Ausarbeitung im Ministerium erfährt, kann unmöglich eine tiefere sein, weil der Drang der sonstigen Geschäfte nur selten dem übrigen Personal der genannten Behörde es gestattet, sich völlig in die einschlagende Materie hineinzuarbeiten. Das Material, aus welchem das Gesetz geformt ist, wird sich daher, wenn der Entwurf ohne Weiteres den Ständen vorgelegt wird, von einer gewissen Einseitigkeit in der Auffassung selten ganz los sagen können. Daß in dieser Beziehung die ständische Prüfung wesentlich nachhelfen sollte, das ist mindestens zu vielen Zufälligkeiten unterworfen, als daß hierauf die Regierung rechnen könnte, ganz abgesehen davon, daß sie auch sonstige Gründe hat, es darauf nicht zu häufig ankommen zu lassen. Ist daher die Prüfung der Gesetzentwürfe durch Fachmänner, bevor die Entwürfe an die Stände gelangen, im Interesse ihrer Vielseitigkeit und Vollständigkeit sehr zu wünschen, so empfiehlt es sich gewiß im hohen Grade, wenn Stände ohne die äußerste Noth die Regierung mit dem Erlaß von Gesetzen nicht so sehr drängen, daß jener Proceß mit deren Ausarbeitung unterbleiben müßte, und wenn andrerseits die Regierung noch vorsichtiger damit ist, dem etwaigen Drängen der Stände hierin allemal Folge zu geben. Es kann Gründe geben, die überwiegend anrathen, auch in der Gesetzgebung den Augenblick zu ergreifen und zu nützen. Nicht selten aber fallen solche Rücksichten in Zeiten der Aufregung oder sonst des Uebergangs, und da ist es denn aus vielen Gründen meistens besser, wenn man Zeit gewinnt, damit sich das Urtheil erst wieder ruhig stelle und von allen jenen Einflüssen frei mache, die ein Wechsel in der allgemeineren Volksstimmung, und zwar regelmäßig nicht zum Vortheile des innern Gehalts der Gesetze, im Gefolge zu haben pflegt. —

Die Veränderungen hiernächst, welche die Gesetzesentwürfe in den Ständen, meistens hervorgerufen durch locale vereinzelte Vorkommenheiten des einen oder andern Mitglieds, erfahren, durchbrechen nicht selten das System, welches der Verfasser des Entwurfs demselben untergelegt hat, und schaden damit dem Verständnisse des Gesetzes hinterher im Großen und Ganzen regelmäßig viel mehr, als ihm die einzelne Abänderung Nutzen

bringen konnte. Dies wird am fühlbarsten bei umfangreichen Gesetzen mit in einander greifenden Bestimmungen. Es wäre daher sehr zu wünschen, wenn die Stände bei Entwicklung ihrer Thätigkeit hinsichtlich der Legislation mit noch größerer Vorsicht zu Werke gingen, mit bestimmten Anträgen auf Aenderungen nur da hervorträten, wo ihnen im Principe verderbliche Bestimmungen aufgenommen zu sein scheinen, in allen andern Beziehungen aber, namentlich in solchen Bestimmungen, welche dem Gesetze eine größere Ausdehnung, eine deutlichere oder bessere Fassung geben würden, sich auf bloße Anheimgaben beschränkten. Hierdurch würde der Regierung eine völlig ausreichende Veranlassung geboten sein, nachmals ruhig zu prüfen, ob und wie weit den Absichten der Stände nachzugeben, ob dieselben insonderheit mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes in Einklang zu bringen, — ohne daß sie dadurch übrigens in der Publication des Gesetzes gehemmt würde. Man hat wohl Versuche gemacht, durch die Form der Vorlagen die Stände zu einer eingeschränkteren Thätigkeit zu vereinigen, insonderheit ihnen lediglich die Hauptprincipien zur Begutachtung vorgelegt, allein dies hat zu keinem Resultate geführt; der Geist der Ständeversammlung selbst muß hier das Richtige finden. Daneben aber möchte auch für die, der Regierung anheimfallende, schließliche Redaktion der Gesetze, unter Berücksichtigung der Abänderungsanträge der Stände, eine noch größere Sorgsamkeit, ein vermehrtes Anpassen der durch die Stände beantragten Abänderungen an das System, sich empfehlen.

§. 2.

Bedachtnahme auf Mittel, welche später eine richtige Auslegung der Gesetze erleichtern.

Kein Gesetz von irgend erheblichem Umfange kann im Voraus so hingestellt werden, daß es bei der Anwendung über alle Zweifel in der Auslegung erhaben ist. Wer häufig in die Lage kommt, Gesetze zur Anwendung zu bringen, wird nicht nur die Richtigkeit dieses Satzes, sondern auch die Richtigkeit der Behauptung anerkennen, daß für eine spätere richtige und sichere Auslegung von Gesetzesbestimmungen nichts fördernder ist, als eine authentische Nachricht über die Veranlassung, warum eine

Bestimmung überhaupt und gerade in der betreffenden Fassung in das Gesetz aufgenommen worden. Man sollte daher billig in der Förderung dessen nichts versäumen, was für eine Aufbewahrung derartiger Nachrichten diensam sein und was diese für die spätere Benutzung zugänglich machen könnte.

In früherer Zeit bestand nun die Sitte, daß den Ständen thunlichst detaillirte Motive zu den Gesetzentwürfen und deren einzelnen Bestimmungen vorgelegt wurden, so wie daß in den Sitzungsprotocollen der Cammern die einzelnen Beschlüsse über Aenderungs-Anträge speciell motivirt wurden, um dem demnächstigen Erwiederungsschreiben an die Regierung als Grundlage zu dienen, nicht minder daß auch bei commissarischen Vorprüfungen, zum Zwecke der Berichtserstattung an die Cammern, ähnliche Protocolle geführt wurden, und endlich, daß die Stände bei Rücksendung der berathenen Entwürfe im Erwiederungsschreiben umständlich gegen die Regierung ihre Anträge auf Abänderungen motivirten.

Seit mehren Jahren, insonderheit seit die Minister und deren Hauptreferenten resp. als Mitglieder und Commissarien regelmäßig persönlich in den Cammern anwesend sind, dort die Regierungspropositionen mündlich begründen, und die Motive der ständischen Anträge selbst direct anhören können — ist die obige Sitte mehr und mehr abgekommen, und sind die schriftlichen Mittheilungen bis aufs Minimum abgekürzt.

So sehr dies nun auch zur Vereinfachung der Geschäfte im Ministerio, wie in den ständischen Secretariaten, gereichen muß, so fühlbar wird doch der hieraus hervorgehende Mangel an historischen Notizen über den Ursprung der einzelnen Bestimmungen in den Gesetzen schon jetzt, und wird dieses mit der Zeit noch mehr werden, zumal die an sich schon lückenhaften Mittheilungen in den Landtagsblättern über die ständischen Debatten aller Authenticität entbehren.

Erwägt man nun, daß bei ruhigem Fortschritte in der Gesetzgebung es an Arbeitskräften weder im Ministerio noch in den Secretariaten der Ständeversammlung fehlen kann, um der mit dem frühern Verfahren verknüpften Vermehrung von Arbeit vorkommen zu können, so scheint etwas Erhebliches nicht dawider zu sein, zu der frühern Sitte, die sich aus der im

Eingange dieses §. erwähnten Rücksicht unbedingt mehr empfiehlt, wieder zurückzukehren. Werden aber die ständischen Actenstücke wieder vervollständigt, ist man in der Lage, Einsicht der ständischen Protocolle, vielleicht auch derjenigen aus den Commissionssitzungen zu bekommen, und sind vielleicht überdies noch Protocolle über die Behandlung des betreffenden Gesetzes in der Staats-Rathssitzung vorhanden und zugänglich zu machen, so werden sich die historischen Notizen über die Entstehung desselben in seinen einzelnen Bestimmungen in einer Weise vermehren, daß man nur den besten Erfolg daraus für eine richtige Auslegung der Gesetze erwarten darf.*)

§. 3.

Spätere Beseitigung von Mängeln in den Gesetzen.

Viele Zweideutigkeiten in den Gesetzen werden sich indeß auch mit den im vorigen §. angedeuteten Hülfsmitteln nicht beseitigen lassen, und zum großen Bedauern der Betheiligten bestehen bleiben; ebenso wird sich erst in der Anwendung eines Gesetzes recht häufig herausstellen, daß hie und da eine Bestimmung zweckmäßiger hätte getroffen werden können, daß eine Lücke vorhanden, deren Ausfüllung dringend wünschenswerth sei. Diese Erscheinungen machen es wünschenswerth, daß nach Verlauf von einiger Zeit nach Publication der Gesetze den desfalsigen Mängeln abgeholfen werde. Damit aber die Regierung hierauf bei Zeiten hingeführt werde, ferner damit sie hiefür das nöthige Material bekomme und in ihren Abänderungen sicher gehe, würde es im hohen Grade zweckmäßig sein, daß gleich im Voraus diejenigen Behörden, welche sich vornämlich mit den betreffenden Gesetzen zu beschäftigen haben, z. B. die Obergerichte und Staatsanwalte, hinsichtlich der Proceßgesetze, die bestimmte Anweisung bekämen, auf die bezeichneten Mängel genau Acht zu geben, hierüber das Nöthige zu verzeichnen, und ihre Wahrnehmungen zu gewissen Zeiten, sammt ihren Anträgen auf Verbesserung der Gesetze, an diejenige Behörde, wel-

*) Wir verweisen hier bei dieser Gelegenheit auf die trefflichen Bemerkungen Hefftters über die Auslegung neuer Gesetze in der neuen Zeitschrift von Goltdammer: Archiv für Preußisches Strafrecht Bd. I. Heft 1. S. 25. besonders S. 31. ꝛc. Red.

cher die Legislation anvertraut ist, einzusenden*); die Letztere wird dann, nach Maßgabe der Dringlichkeit der Anträge erwägen, ob und wann sie mit Aenderungen hervorzutreten habe.

Freilich bestehen bereits hin und wieder auf ähnliche Zwecke abzielende Einrichtungen, namentlich Kundebücher. Allein theils sind diese Einrichtungen an sich nicht genügend zur Hand**), theils werden sie leicht vernächlässigt, so lange nicht die nöthige Regelmäßigkeit, welche eine Controle ermöglicht, darin eingeführt ist.

§. 4.
Fortsetzung.

Es ist bei spätern Aenderungen in den Gesetzen nicht selten die Form der völligen Umarbeitung der Gesetze da gewählt, wo es sich im Grunde nur darum handelt, die bestehenden Gesetze in einzelnen Puncten zu rectificiren oder Lücken auszufüllen. Hat dies nun für den Handgebrauch auch manches bequeme, so empfiehlt es sich doch in anderer Beziehung gar nicht, während sich jene Bequemlichkeit jeder Einzelne gar leicht wird selbst verschaffen können.***) Jede neue Redaction eines Gesetzes bringt die Veranlassung zu neuen Zweifeln, eben weil es so schwer ist, die Ausdrucksweise so zu wählen, daß im Voraus alle Controvertirung über deren Sinn abgeschnitten wird. Wissenschaft und Praxis pflegen erst nach Jahren über diese Uebelstände hinwegzuhelfen. Wo diese den Sinn einer Gesetzesbestimmung fixirt haben, da hat der Gesetzgeber daher sich wohl zu hüten, nicht ohne Noth zu neuen Zweifeln dadurch Anlaß zu geben, daß er eine neue Redaction an die Stelle der alten festgestellten Redaction einer Bestimmung wählt, die einer materiellen Aenderung nicht unterzogen werden soll. Wo daher ein Gesetz

*) Für denjenigen, welcher seine derartigen Bemerkungen und Wünsche zur Oeffentlichkeit gebracht zu sehn vorzieht, würde diese Zeitschrift ein geeignetes Organ sein, die Redaction hat es an Aufforderung zur Mittheilung wenigstens nicht fehlen lassen.

**) Durchschossene Exemplare der Gesetze empfehlen sich, um sofort bei dem betreffenden passus das Nöthige anzumerken, weit mehr.

***) Auch für diesen Zweck empfehlen sich die durchschossenen Exemplare ganz besonders.

nicht seinem ganzen Systeme nach eine Abänderung erfahren muß, da thut der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit gewiß weit besser, wenn er vorhandene Gesetze durch Zusätze oder Declarationen vervollkommnet, statt mit Umarbeitungen hervorzutreten, die daneben noch deshalb keine Begünstigung verdienen, weil sie weit mehr Arbeit erfordern, der Gesetzgeber also auf diesem Wege sich schwerer dazu entschließen wird, nothwendige Aenderungen ins Leben treten zu lassen. Nur muß bei Fassung der Aenderungen mit der größten Aufmerksamkeit darauf gehalten werden, daß sie das System nicht verletzen und dadurch nicht etwa hinsichtlich andrer Bestimmungen neue Zweifel provoziren.

II.

Ueber die Auslegung des §. 10 des Gesetzes vom 5. September 1848, insbesondere über die Befugniß der Gerichte, die Nothwendigkeit einer Verwaltungsmaßregel zu prüfen, um danach die Zuständigkeit der betreffenden Verwaltungsbehörde zur Vornahme jener Maßregel zu bemessen.*)

Vom O.-A.-G.-Vicepräsidenten von Düring.

---

§. 1.

Die Bestimmung des §. 10 im veränderten Verfassungsgesetze vom 5. September 1848, welche den Gerichten, wenn vor ihnen Maßregeln der Verwaltungsbehörden zur Contestation gebracht werden, eine selbstständige Feststellung ihrer Competenz beilegt, bildet ein sicheres Palladium gegen die unzulässigen Uebergriffe der Verwaltung in die Rechtssphäre der Staatsangehörigen, und wurde beim Erlaß jenes Gesetzes um so freudiger begrüßt, je unzureichender in dieser Hinsicht die zur Ausgleichung der Conflikte zwischen der Verwaltung und Justiz angeordnete besondere Behörde sich ausgewiesen hatte. Jene Bestimmung kann aber, wie dies die K. Regierung schon in ihrem Schreiben

---

*) Dieser Aufsatz bezweckt Widerlegung der im Aufsatze Nr. 1 des ersten Jahrganges dieser Zeitschrift niedergelegten Grundsätze. v. D.

vom 28. März 1848 an die allgemeine Ständeversammlung andeutete, zu einem großen Bedrucke einer guten Verwaltung ausarten, wenn die Gerichte dieselbe unrichtig zur Anwendung bringen, insbesondere wenn sie bei Aufsuchung der Grenzen der Competenz der Verwaltungsbehörden nicht mit der nöthigen Vorsicht verfahren.

Je schwieriger es nun aber hierbei für den Gesetzgeber war, im Voraus gesetzlich die betreffenden Merkmale genügend festzustellen, desto wichtiger ist es, daß dieser Gegenstand gründlichen und vielseitigen Prüfungen unterzogen und deren Resultat allgemeiner, insonderheit auch den Untergerichten zugänglich gemacht werde, da grade sie regelmäßig zunächst es zu beurtheilen haben, ob dem Vorschreiten der Verwaltung durch die Gerichte Einhalt zu thun sei, und also davon, daß grade sie mit der nöthigen Umsicht ihre Befugnisse abmessen, es abhängt, ob die obige Bestimmung des §. 10 zum Gedeihen oder zum Verderben ausschlagen und folgeweise, ob der Gesetzgebung ein dringender Anlaß gegeben werden soll oder nicht, jene Bestimmung baldthunlichst wieder einzuziehen.*)

---

*) Unsererseits würden wir von der Herstellung einer besondern Behörde zur Entscheidung der Competenzconflicte, wie sie nach der Verfassung von 1840, oder nach derjenigen von 1833 bestand, ganz entschieden abrathen müssen, vorzugsweise im eigenen Interesse der Landesregierung. Wie der Verfolg der nachfolgenden Abhandlung ergeben dürfte, wird der Fall nur höchst selten vorkommen, wo eine Verwaltungsbehörde einen Eingriff in die Rechte Einzelner vorgenommen hätte, ohne daß die desfallsige Verfügung aus dem einen oder andern Rechtsgrunde in die Grenzen der Zuständigkeit jener Behörde fallen würde. Vorausgesetzt also, daß der §. 10 richtig ausgelegt wird, möchte überall, nach keiner Richtung, irgend ein wesentliches Bedenken bei jener allerdings weitgehend erscheinenden Befugniß der Gerichte zu erheben sein. Allein eben jener Umstand, daß in den meisten Fällen, wo eine Klage auf Beseitigung einer Verwaltungsmaßregel erhoben wird, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde sich ergeben wird und damit eine Zurückweisung der Klage erfolgen muß, (dies ist wenigstens ein Resultat, welches sich so ziemlich bei sämmtlichen derartigen Processen, die seit dem Bestehen des Gesetzes vom 5. September 1848 an das höchste Gericht gelangt sind, schließlich herausgestellt hat,) wird nothwendig an sich schon zu Klagen

In einer, dieser Zeitschrift, Bd. 1 Heft 1, an die Spitze gestellten, in mancher Hinsicht sehr schätzenswerthes Material liefernden Abhandlung hat nun der Professor Zachariä seine Ansicht über die richtige Bedeutung des §. 10 cit. niedergelegt; da wir aber unsrerseits seine Auffassung in ihrer Hauptrichtung für eine genugsam begründete nicht halten, und daneben die sich danach ergebenden Resultate als im hohen Grade bedenklich ansehn müssen, so dürfte es nicht unangemessen sein, wenn wir es versuchen, im Nachstehenden unsere entgegenstehende Ansicht zu entwickeln, und glauben wir für dieselbe eine vermehrte Berücksichtigung deshalb in Anspruch nehmen zu können, weil sie im Wesentlichen mit den Entscheidungsgründen des Königlichen Ober-Appellationsgerichts in demjenigen Rechtsstreite zusammentrifft, welcher dem Professor Zachariä zu der erwähnten Abhandlung die nächste Veranlassung geboten hat (vergl. unten §. 9).

§. 2.

Die Ansicht Zachariä's, so weit sie hier in Betracht kommt, läßt sich in Folgendem zusammenfassen: „Eingriffe in die wohlerworbenen Rechte der Privaten bleiben an sich Justizsachen, auch wenn sie von Verwaltungsbehörden vorgenommen seien; von einer Competenz der Verwaltungsbehörden, in die Rechts-

---

über verkümmertes Recht führen. Geht dann jedoch von den Gerichten selbst die Zurückweisung, wegen mangelnder Competenz des Gerichts, aus, so werden solche Klagen bald verhallen; der Betheiligte hat die Berufung an die höheren Gerichte, und wenn auch diese ihm abfallen, so wird er nicht lauter wie in jedem andern Rechtsstreit über erfahrenes Unrecht klagen, mit solcher Klage aber auch hier nur wenig Anklang finden. Trifft dagegen eine besondere, nicht gerichtliche Behörde in einem ganz gleichen Falle die Entscheidung, wodurch dem Gerichte das Einschreiten untersagt wird, dann wird erfahrungsmäßig sofort die Unparteilichkeit der Behörde in Zweifel gezogen, die ganze Behörde als ein Mittel zur verdeckten Ausübung der s. g. Cabinetsjustiz dargestellt und andere ähnliche Verdächtigungen der Regierungsweise damit in Verbindung gebracht, welche, je leichter sie im Volke Glauben finden, um so sorgfältiger der Regierung erspart werden müssen.

Schon zur Zeit des Staatsgrundgesetzes machte sich ein solches Miß-

sphäre der Privaten einzugreifen, könne nur da die Rede sein, wo gewisse rechtliche und factische Voraussetzungen vorliegen, deren Nichtvorhandensein die Einwirkung der Verwaltungsbehörden zu einer rechtswidrigen machen würde. Dieser Fundamentalsatz, welcher durch das allgemeine, wie das hannoversche Staatsrecht von jeher gelaufen sei, und auch in frühern Verfassungen vor dem Jahre 1848 den einschlagenden Bestimmungen zum Grunde liege, müsse auch als die Grundlage der Bestimmung des §. 10 des Gesetzes vom 5. September 1848 vorausgesetzt werden. Wenn hier daher dem Richter die Befugniß eingeräumt werde, eine von einer Verwaltungsbehörde vorgenommene Maßregel wieder aufzuheben, sofern dieselbe außerhalb der Grenzen der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde getroffen sei, so sei dadurch der Richter auch zugleich berechtigt und angewiesen worden, behuf Aufsuchung jener Grenzen selbst zu prüfen, ob in concreto die Voraussetzungen vorhanden seien, unter welchen die Verwaltung in der geschehenen Weise thätig werden dürfe, so daß also der Richter erst nach dem Ergebnisse dieser Prüfung zu ermessen habe, ob die Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit verblieben sei oder nicht. Nur da, wo es sich

---

trauen rücksichtlich der Section des Geh. Rathscollegii geltend, in weit höherem Grade aber hinsichtlich des Staatsraths zur Zeit der Geltung des Landes-Verfassungs-Gesetzes, wo die Competenzconflicte häufiger waren und die Composition der Behörde größerer Willkürlichkeit überlassen war. Auf jeden Fall würden wir daher im eignen Interesse der Regierung es wünschen müssen, daß dieselbe nicht wieder einen Zustand herbeiführe, der ohne allen wesentlichen Nutzen, so sehr geeignet ist, derselben nachhaltig das Vertrauen im Volke zu entziehen. Sind die hin und wieder wohl laut gewordenen Klagen, daß durch jene Bestimmung des §. 10 cit. die Verwaltung zu sehr gelähmt werde, gegründet, so liegt die Schuld sicherlich nur in der unrichtigen Anwendung der Gesetze, und diese unrichtige Anwendung ist nicht sowohl Folge einer den Gerichten wohl Schuld gegebenen Eifersüchtelei auf ihre Competenz, als vielmehr Folge der allerdings nicht ganz einfachen Auffindung der Zuständigkeitsgrenzen, in der es namentlich die alleinstehenden Unterrichter häufiger versehen haben, während die Obergerichte fast durchweg die zutreffenden Principien zur Anwendung gebracht haben.

Sollte daher die Regierung nicht vorzugsweise zur Vermeidung des

nicht um Verletzungen eigentlicher wohlerworbener Rechte durch die Verfügungen der Verwaltungsbehörden, sondern um bloße Verletzungen der Interessen oder der sogenannten natürlichen Rechte der Privaten handle, ferner da, wo die Gesetze ausdrücklich den Verwaltungsbehörden das Recht beigelegt haben, aus bloßen Nützlichkeitsrücksichten in wohlerworbene Rechte der Unterthanen einzugreifen (Expropriationen), oder da, wo, wenn die Maßregel nur durch Nothwendigkeitsrücksichten gestattet werde, die Gesetze ausdrücklich den Gerichten die Prüfung der Frage nach dem Vorhandensein der Nothwendigkeit entzogen haben, sei ohne die obige Prüfung vom Richter die Competenz der Verwaltungsbehörden zu den einschlagenden Verfügungen sofort anzunehmen. Dagegen werde in allen übrigen Fällen, wo die Staatsgewalt ohne besondere Gesetze vermöge ihres obrigkeitlichen Berufs berechtigt und verpflichtet sei, in die Privatrechtssphäre eines Einzelnen einzugreifen, wenn und so weit nur auf diesem Wege eine dringende Gefahr für das Ganze oder einzelne Theile der Staatsgemeinschaft beseitigt werden könne, (also auf Grund des jus eminens, Staatsnothrechts, äußersten Rechts der Staatsgewalt) der Richter, um die desfallsige Zuständigkeitsgrenze der Verwaltungsbehörde zu

---

Scheins einer zu großen Unterwerfung der Verwaltung unter die Justiz, mit andern Worten zur Vermeidung des Scheins einer zu großen Freisinnigkeit unserer Landes-Verfassungs-Gesetze, welche denselben wohl wegen des §. 10 cit. zum Vorwurf gemacht worden ist, eine Beseitigung dieses §. für unerläßlich halten müssen, was wir nicht zu übersehen vermögen, sondern sollte sie lediglich, um der Verwaltung die nöthige freiere Bewegung wiederum zu sichern, eine Aenderung für erforderlich halten, so würde, unseres Dafürhaltens, dies völlig erreicht werden durch eine Bestimmung, daß alle Processe, welche die Aufhebung einer Verwaltungsmaßregel zum Gegenstande haben, ohne Unterschied des Betrages, in erster Instanz vor dem großen Senate der Obergerichte zur Aburtheilung kommen müssen, eine Vorschrift, die sich auch in andrer Hinsicht, insbesondere im Interesse der Stellung der Verwaltungsbehörden, so wie einer rascheren Erledigung derartiger, meistens unfruchtbarer Processe, unbedingt empfehlen dürfte.

prüfen, im concreten Falle untersuchen müssen und dürfen, ob wirklich Gefahr oder Noth für den ganzen Staat oder einen Theil desselben vorhanden gewesen, welche nicht anders als durch einen Eingriff in das Gebiet des Einzelnen habe abgewendet werden können. Hiebei werde dann freilich die fernere Frage, ob der betreffende Eingriff nicht zu weit gegangen sei, um die Gefahr abzuwenden, als Frage der Zweckmäßigkeit wiederum der Prüfung der Gerichte entzogen bleiben müssen. Ohne ausdrückliche Ermächtigung durch die Gesetze sei ein Eingriff der Verwaltungsbehörden in die wohlerworbenen Rechte Einzelner zur Förderung der bloßen Staatswohlfahrt niemals erlaubt, so daß die desfallsigen Eingriffe allemal, als ob sie außerhalb der Competenz der Verwaltungsbehörden vorgenommen, vor den Gerichten zu behandeln sein würden."

So weit die Ansicht Zachariä's! Auf das Nähere in der einen oder andern Beziehung werden wir in der nunmehr folgenden Darlegung unserer hiervon wesentlich abweichenden Ansicht zurückkommen.

§. 3.

Die Aufgabe der Gerichte ist Schutz des Individuums in seiner besondern Rechtssphäre und Bestrafung desselben, wofern dasselbe Unrecht übt; die Gerichte dürfen nur vom Standpunkte der Gerechtigkeit thätig werden; die Aufgabe der Verwaltungsbehörden ist Erhaltung und Förderung des öffentlichen Wohls. Sollen die Letzteren ihrerseits diesen Zweck des staatlichen Vereins erfüllen, so können sie es nicht umgehen, hie und da in die Rechtssphäre der Einzelnen einzugreifen, eben weil das Recht des Einzelnen nothwendig häufig mit dem Interesse des Staats oder einzelner Abtheilungen des Staats in Conflict kommen und dann, unter gewissen Voraussetzungen, dem Letztern weichen muß. Die Verletzungen der Einzelnen, die in Folge derartiger Rücksichten für das Staatswohl von den Verwaltungsbehörden begangen werden, liegen aber damit auch unbestreitbar zunächst in der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Freilich giebt es Rechtslehrer, welche es für völlig unzulässig halten, das Recht des Einzelnen der bloßen Rücksicht für das Staatswohl — im Gegensatze der Staatsnoth und des sich daraus ergebenden

Staatsnothrechts im e. S. — unterzuordnen*), oder welche doch zu dem Ende allemal eine *geſetzliche* Ermächtigung für die Verwaltungsbehörden verlangen**); allein dieſe und ähnliche Modificationen obiger aus dem Begriffe und dem Zwecke des Staates ſo natürlich folgenden Sätze ſtehen ſo wenig mit dem ganzen ſtaatlichen Leben im Einklange, daß man ſie für bloße ſtarre Folgerungen aus einſeitigen Auffaſſungen des Staatszweckes halten und damit verwerfen muß.

Gehört es aber einmal zur Aufgabe und zur Zuſtändigkeit der Verwaltungsbehörden, das Staatswohl ſelbſt da zu fördern, wo dies nur mit Verletzung der Rechtsſphäre des Einzelnen geſchehen kann, ſo muß die Rückſicht, daß die Aufgabe der Gerichte und diejenige der Verwaltungsbehörden gleich weſentlich für die Erreichung des Staatszwecks iſt, an und für ſich, und wo nicht Geſetze etwas andres beſtimmen, auch genügen, den Beſtand der

---

*) Vergl. Aretin conſtit. Staatsrecht II. p. 176.

**) In gewiſſer Hinſicht ſcheint Zachariä, mindeſtens in der oben erwähnten Abhandlung, dieſe Modification in Schutz zu nehmen, indem er zwar in der Beſtimmung des §. 28 des Landesverfaſſungsgeſetzes, welche ſich faſt in ſämmtlichen modernen Verfaſſungsgeſetzen wiederfindet,

> daß die Freiheit und das Eigenthum der Perſon keiner andern Beſchränkung unterliege, als welche die Geſetze und das Recht beſtimmen,

kein Verbot antrifft, irgend in Rechte des Einzelnen zum Beſten des Staates einzugreifen, wo nicht ein ausdrückliches Geſetz dies geſtatte, wohl aber, aus andern Gründen, der Verwaltung die Befugniß zu ſolchen Eingriffen ohne ausdrückliche geſetzliche Autoriſation, nur im Falle einer wirklichen *Staatsnoth* zugeſteht, nicht aber auch in dem Falle, wo das bloße *Staatswohl* dies erheiſche. Den Grund dieſer Unterſcheidung, durch welche die Verwaltung in einem großen Theile ihrer Aufgabe gelähmt werden würde, ſucht Zachariä in der größeren Gefährlichkeit, der Beurtheilung der Verwaltung lediglich nach Zweckmäßigkeitsgründen die wohlerworbenen Rechte des Einzelnen Preis zu geben. Wir können die Gefahr zugeſtehn, ohne gleichwohl die Unterſcheidung damit genügend gerechtfertigt zu glauben, und zwar um ſo weniger, als dieſelbe Gefahr da vorhanden iſt, wo ausdrückliche Geſetze den Verwaltungsbehörden Eingriffe in die Rechte Einzelner aus Rückſicht auf bloßes Staatswohl geſtatten, (vergl. auch unten, §. 8).

von den Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommenen Maßregeln, mit denen etwa eine Verletzung Einzelner aus Staatswohlfahrtsrücksichten vermacht war, nicht wiederum von der, nachträglich etwa von dem Verletzten begehrten Prüfung, Mißbilligung der Gerichte abhängig zu machen, und somit die Verwaltungsbehörden den Gerichten unterzuordnen, lediglich weil es sich daneben um die Beurtheilung der Rechte Einzelner handelt, zu welcher regelmäßig nur die Gerichte berufen sind. Allerdings wird der Staat für Bestimmungen Sorge tragen müssen, daß dem Einzelnen, in dessen Rechtssphäre zum Besten des Ganzen gegriffen werden mußte, keine Prägravation hinsichtlich seiner Leistungen für den Staat oder den betreffenden Theil des Staates zugemuthet werde; der Staat muß also Vorschriften erlassen, danach der in seinen Rechten Verletzte entschädigt werde, und die Verwaltungsbehörden, welche diese Eingriffe in die Rechte des Einzelnen vorzunehmen sich verpflichtet halten, sind alsdann gehalten, gleichzeitig eine genügende Entschädigung herbeizuschaffen. Auch ist der auf diese Weise in seinen Rechten Beschränkte in anderer Richtung nicht rechtlos. Er kann wider Ungehörigkeiten der unteren Verwaltungsbehörden in Beziehung auf ihre einschlagende Thätigkeit die vorgesetzten Verwaltungsbehörden um Schutz angehen, und an und für sich steht auch seiner Entschädigungsklage wider die Verletzenden nichts entgegen, wofern die nöthigen Requisite einer Entschädigungsklage vorliegen.

Ob die vorstehenden aus dem Zwecke des staatlichen Vereins und aus der Bestimmung der einzelnen Behörden im Staate einfach und naturgemäß resultirenden Sätze in dem s. g. älteren Staate allemal zur Geltung gebracht sind, soll hier nicht behauptet werden; es kommt darauf aber auch für die Entscheidung staatsrechtlicher Fragen aus der Neuzeit gar nicht an, weil gerade die Feststellung der Fragen vorliegender Art im älteren Staate durch ganz andere Elemente bestimmt wurde. Schon allein die Stellung der Reichsgerichte zu den Einzelstaaten Deutschlands mußte hier erhebliche Abweichungen zu Wege bringen.

§. 4.

Was den Zustand des öffentlichen Rechts in diesen Beziehungen im Königreich Hannover, vor dem Erlasse des Staats-

grundgesetzes von 1833, angeht, so kann wohl kaum behauptet werden, daß hier das öffentliche Recht sich dem Einflusse der Gerichte auf den Rechtsschutz der Einzelnen günstiger gestaltet hätte, als dies nach dem Obigen unter bloßer Zugrundelegung dessen der Fall ist, was in dieser Hinsicht aus der Bestimmung des Staats und seiner Behörden von selbst folgt. Namentlich läßt sich schwer behaupten, daß die Gerichte früherhin bei Zweifeln über ihre Competenz in Sachen, die in das Gebiet der Verwaltung streiften, befugt gewesen, selbst ihre Competenz festzusetzen*); dagegen ließe sich, wenn es hier darauf ankäme, immerhin wohl nachweisen, daß man früherhin die Gerichte nicht

*) Allerdings hat die alte Reichsobservanz, daß die Landesherren von ihren Unterthanen bei den eigenen Landesgerichten belangt werden können, seiner Zeit durch das Prooemium der O.-A.-G.-Ordnung dahier gesetzliche Bestätigung gefunden. In der Anwendung jedoch ist diese Bestimmung nur von Streitigkeiten verstanden, wo das Privatinteresse des Landesherrn in Frage war, niemals aber so ausgelegt, als habe darin eine Unterordnung der Verwaltungsbehörden unter die Gerichte, namentlich die Competenz der Letzteren für Beschwerden der Unterthanen angeordnet werden sollen, welche die Art der Ausübung eines Hoheitsrechts durch die Verwaltungsbehörden zum Gegenstande hatten. Schwerlich möchte ein Fall anzuführen sein, wo sich die Gerichte eine solche Entscheidung angemaßt hätten; andrerseits haben sich die hannoverschen Regenten und höheren Staatsbehörden durch wiederholt erlassene Rescripte in ihrer Unabhängigkeit von den Gerichten in Allem, was Regierungshandlungen angeht, zu manuteniren gewußt. (Vergl. v. Bülow und Hagem. Erört. I. 46. IV. 24 und v. Bülow's Verfassung des O.-A.-G. I. pag. 238.)

Außerdem behaupten unsere Practiker (Strube, R. B. III. pag. 51. V. 273 v. Bülow u. Hagem. l. c. B. IV. p. 133. Oesterley's Proc. I. §. 13) übereinstimmend, daß bei entstandenen Zweifeln zwischen Regierungs- und Justizbehörden hinsichtlich ihrer Competenz für eine bestimmte Sache, die Gerichte darüber die Entscheidung der Landesregierung zu fordern gehabt haben. Dem entspricht auch der §. 1 im Tit. 1. Th. II. der Celleschen Hof-Ger.-Ord.: „zum andern sollen Unsere Hofrichter und adsessores in Sachen, welche in die Polizei laufen, es zu keinem Processe kommen lassen, sondern so oft dergleichen an sie gebracht werden, solche an uns verweisen und besondere gnädigste Verordnung, ob sie mit einiger Kenntniß der Sache verfahren haben, oder nicht — erwarten.

einmal für befugt gehalten, Entschädigungsklagen wider Verwaltungsbeamte aus Verwaltungsmaßregeln anzunehmen und zu entscheiden.*)

Das Staatsgrundgesetz von 1833 enthält nun über die Zuständigkeit der Gerichte in dem §. 37 die Vorschrift: daß demjenigen, der sich von einer Verwaltungsbehörde durch Ueberschreitung ihrer Befugniß in seinen wohlerworbenen Rechten verletzt erachtet, der Rechtsweg im ordentlichen Gerichtsgange offen stehe, in der Richtung, daß er allemal eine Entschädigungsklage habe, wenn die Verfügung in unrichtiger oder unbefugter Anwendung von Gesetzen bestanden, und außerdem die sonstigen gemeinrechtlichen Voraussetzungen einer Entschädigungsverbindlichkeit vorliegen; daß er eine gerichtliche Klage auf Aufhebung der Verwaltungsmaßregel aber nur dann erheben könne, wenn von einer besondern Section des Geh. Raths-Collegii in Gemäßheit des §. 156 zuvor entschieden sei,

> daß die betreffende Angelegenheit zur Competenz der Verwaltungsbehörde nicht erwachsen gewesen sei.

Für unsern Zweck müssen wir hier schon darauf aufmerksam machen, daß die Frage über die innere Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßregel hier mit keiner Sylbe der Section des Geh. Raths-Collegii übertragen ist, noch übertragen werden konnte, da dies ja grade eine Prüfung war, die derjenigen Behörde, welcher das Geh. Raths-Collegium die Sache als zu ihrer Competenz gehörig überweisen sollte, überlassen bleiben mußte, auch zu ihrem Stützpunkte Verhandlungen der Betheiligten selbst voraussetzte, die der Section des Geh. Raths-Collegii überall nicht zugänglich waren oder doch nicht zugänglich zu sein brauchten. Dem entsprechend ist auch im §. 156, welcher jene Section construirt, als deren Thätigkeit nur die Entscheidung der Competenz bei vorhandenen Zweifeln zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden angewiesen, verbis:

> Entstehen Zweifel darüber, ob eine Sache zur gerichtlichen Entscheidung oder zur Competenz der Verwal-

*) Vergl. v. Bülow's Verfassung des O.-A.-G. pag. 238. v. Bülow und Hagemann l. c. IV. pag. 139.

tungsbehörden gehören, so sollen diese Zweifel von der Section discutirt und entschieden werden.*)

*) Wir können hiebei dem Professor Zachariä in gewisser Hinsicht Recht geben, wenn er pag. 23 l. c. die Ansicht aufstellt, daß es nicht lediglich Aufgabe der Section des Geh. Raths-Collegii habe sein sollen, zu untersuchen, ob unter keiner Bedingung die betreffende Verfügung eine Verwaltungsmaßregel habe sein können, sondern daß sie habe prüfen sollen, ob dieselbe in concreto, d. h. unter den gegebenen Umständen, eine Verfügung gewesen, die entweder zur Entscheidung der Gerichte oder der Verwaltung zu verstellen sei. Allein dies beweist nichts für den Satz, daß die Prüfung der Section des Geh. Raths-Collegii sich, über die Forschung nach den Grenzen der Competenz hinaus, auch auf die innere Rechtmäßigkeit der Handlung erstrecken durft habe, welches eben Zachariä, verstehen wir ihn recht, aus den vorgelegten Worten des §. 156 für die Thätigkeit der Section des Geh. Raths-Collegii hat vindiciren wollen. Auf die Grenzen ihrer Thätigkeit paßt im Allgemeinen dasjenige, was wir weiter unten über Prüfung der Zuständigkeit der Behörden ausführen. Für jetzt wird folgendes Beispiel genügen, das Ebengesagte zu bestätigen:

Eine Administrativbehörde verfügte auf die Anzeige des X, daß Y nicht in seinem Garten ein Gewehr lösen solle. Y wandte sich hiegegen an die Gerichte mit der Bitte um Aufhebung der Verfügung und es entstand ein Competenz-Conflict. Hier konnte die Maßregel als zur Competenz der Verwaltungsbehörde gehörig aufgefaßt werden, u. a. wenn das Schießen, als mit Feuersgefahr für die benachbarten Häuser verbunden, von der Verwaltungsbehörde untersagt worden; die Verwaltungsbehörde konnte in diesem Falle recht verfügt haben, oder unrecht, Letzteres, wenn überall keine Gefahr vorhanden gewesen; — es konnte aber auch die Verfügung lediglich geschehen sein, um den X in seinem Jagdrechte zu schützen. Unter den letztgedachten Umständen war die Verfügung — die unter den andern Umständen eine Polizeimaßregel gewesen sein und somit zur Competenz der Verwaltungsbehörden gehört haben würde, ein Uebergriff in das Gebiet der Justiz, und das Geh. Raths-Collegium mußte sie der Beurtheilung der Gerichte überweisen. Hatte dagegen die Verwaltungsbehörde aus Rücksicht auf die Feuerpolizei jene Verfügung getroffen, so mußte das Geh. Raths-Collegium sie für eine Verwaltungsmaßregel erklären und sie dem Gerichte entziehen, ohne alle Prüfung der Frage, ob in concreto das Schießen des Y wirklich feuergefährlich gewesen oder nicht; diese Prüfung mußte Y, wofern er sich nicht beruhigen wollte, im Wege des Recurses bei der obern Verwaltungsbehörde geltend machen, auch verblieben ihm geeigneteufalls seine

Das Landesverfassungsgesetz von 1840 hat, abgesehen von einer minder sichernden Composition der Behörde zur Entscheidung von Competenzstreitigkeiten, nach unserer Auffassung, nichts Wesentliches an dem damals bereits Bestehenden verändert, hat dieses nur durch eine etwas bestimmtere Fassung mehr hervorgehoben. Das Landesverfassungsgesetz hat im §. 40 nämlich ausdrücklich bestimmt, daß da, wo eine Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit verfügt habe, diese Verfügung, auch wenn sie Privatrechte verletzte, aus dem Grunde, weil sie etwa nicht nothwendig oder nicht zweckmäßig gewesen, niemals zum Gegenstande eines Rechtsstreits gemacht werden könne. Dies entsprach, wie wir glauben, lediglich demjenigen, was bis dahin bereits Rechtens war; nur ist wohl darüber controvertirt, ob auch die Entschädigungsklage durch jene Vorschrift habe noch mehr eingeengt werden sollen.

Sodann ist im §. 170 vorgeschrieben, daß sowohl Verwaltungsbehörden wie Gerichte innerhalb ihrer Competenz oder ihres Wirkungskreises völlig unabhängig von einander zu verfahren haben; daß sie jede für sich zunächst ihre Zuständigkeit festzustellen haben und daß demgemäß, wenn bezw. ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde vermeinen sollte, daß die andre Behörde bei einer Verfügung nicht innerhalb ihrer Grenzen verblieben, es nicht in der Befugniß bezw. der Gerichte oder der Verwaltungsbehörde liegen solle, ohne Weiteres jene Verfügung der andern Behörde abzustellen, sondern daß dann der Staatsrath die Competenz der einen oder andren Behörde, vor weiterem Fortgange der Sache festzustellen habe.

Entschädigungsansprüche. In den Worten des Staats-G.-G. liegt die Verpflichtung oder Berechtigung des Geh. Raths-Collegii zu einem tieferen Eingehen auf diejenigen Momente, welche die innere Rechtmäßgkeit der Verwaltungsmaßregeln bedingen, um danach die Competenz der Justizbehörden zu bestimmen, keineswegs, und noch weniger läßt sich dies aus dem vor 1833 bestandenen Zustande unseres öffentlichen Rechts entnehmen, wo, wie oben gezeigt, die Gerichte der inneren Prüfung der Maßregeln der Verwaltungsbehörden sich noch entschiedener zu enthalten hatten, und wo allenfalls nur der Landesherr zur Entscheidung von Conflicten anzugehen war.

Auch dies ist nur dasjenige, was bereits im Staatsgrundgesetze hierüber vorgeschrieben war.

Das Gesetz vom 5. September 1848, um welches es sich hier zunächst handelt, schreibt, unter Beseitigung der §§. 40, 170 und 171 des Landesverfassungsgesetzes von 1840, Folgendes vor:

„der §. 40 wird durch folgende Bestimmungen ersetzt:

die Gerichte sind befugt, über die Grenzen ihrer Zuständigkeiten selbst zu entscheiden.

Verwaltungsmaßregeln, welche von den Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeiten vorgenommen sind, können von den Gerichten nicht aufgehoben werden. Es kann aber in einem solchen Falle der etwaige Anspruch auf Entschädigung bei den Gerichten geltend gemacht werden.

Verwaltungsmaßregeln, welche von den Verwaltungsbehörden außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommen sind, können, auf Antrag des dadurch in seinen Rechten Verletzten, durch die Gerichte aufgehoben werden. Daneben kann von denselben geeigneten Falls auf Schadloshaltung erkannt werden.

Bei Entscheidung über die Zuständigkeit soll für die Berufung an die Obergerichte eine Appellationssumme nicht erforderlich sein."

Das Schreiben der Regierung an die Stände vom 30. März 1848 motivirt jene Bestimmungen mit folgenden Worten:

„Es muß den Gerichten die Befugniß zurückgegeben werden, über die Grenzen ihrer Competenz selbst zu entscheiden, die Unterthanen gegen Verwaltungsmaßregeln, welche von den Verwaltungsbehörden außerhalb der Grenzen ihrer Competenz vorgenommen sein mochten, vollständig zu schützen, — bei Rechtsverletzungen innerhalb der Competenz der Verwaltung aber denselben mindestens Entschädigung zu sichern."

Hiernach steht also soviel fest, daß insofern jedenfalls eine Aenderung getroffen worden, als die Entscheidung darüber, ob eine Verwaltungsbehörde innerhalb oder außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit bei einer, in die Rechte Einzelner eingreifenden, Verfügung verfahren habe, der besondern Behörde zum Zweck

der Beseitigung der Competenz-Conflicte, dem Staatsrathe entzogen und den Gerichten selbst beigelegt worden, so daß diese damit nicht bloß für befugt erklärt sind, die Klagen auf Beseitigung von Maßregeln der Verwaltungsbehörden im Allgemeinen ohne alles Weitere anzunehmen, sondern auch, wofern sie ihre Competenz zum Einschreiten annehmen, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, wofern die Maßregel von den Verwaltungsbehörden außerhalb ihrer Zuständigkeit vorgenommen sein sollte, dieselbe wieder aufzuheben.

Es ist wohl hin und wieder behauptet, daß auch die Entschädigungsklage habe gegen den bisherigen Zustand durch den §. 10 cit. erleichtert werden sollen; allein m. D. mit Unrecht, obwohl nicht ausdrücklich hier der Zusatz des §. 40 des Landesverfassungsgesetzes von 1840 wiederholt ist, „daß eine Entschädigungsverbindlichkeit nach privatrechtlichen Grundsätzen vorliegen müsse". Die Worte des §. 10 cit.: „der etwaige Anspruch auf Entschädigung" und weiter unten: „geeigneten-falls auf Schadensersatz" bezeichnen offenbar dasselbe. Man wird also dolus und culpa lata auf Seiten des Verwaltungsbeamten verlangen müssen, auch nach der gängigen Theorie die Anstellung der Entschädigungsklage gegen das Individuum, welches die Rechte gekränkt hat, nicht gegen die Behörde als solche verlangen.

Nur wofern man die Eingangsworte des §. 40, „daß die Frage der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit des, von einer Verwaltungsbehörde innerhalb ihrer Zuständigkeit beobachteten Verfahrens nicht zum Gegenstande eines Rechtsstreits gemacht werden könne", so ausgedehnt auffaßen müßte — wie dies wohl geschehen ist — als ob auch bei Entschädigungsklagen jene Frage niemals bei der Dijudicatur in Betracht zu ziehen sei, nur dann dürfte in dem Weglassen jener Worte, die wir in einem beschränkterem Sinne im §. 10 cit., im 3. a l. implicite wieder aufgenommen finden, eine fernere Aenderung des Landesverfassungsgesetzes anzutreffen sein.

§. 5.

Gehen wir nunmehr zu der eigentlichen Beantwortung der Frage über:

Was haben auf Grund des §. 10 des Geſ. vom 5. September 1848 die Gerichte, um ſich für befugt zu erachten, eine, in die Privatrechtsſphäre der Unterthanen eingreifende Verfügung einer Verwaltungsbehörde wiederum aufzuheben, oder auch nur die darauf abzielenden Verhandlungen zuzulaſſen, in das Gebiet ihrer Prüfung zu ziehn? Können ſie inſonderheit nach der innern Rechtmäßigkeit einer ſolchen Verfügung, mag dieſe nun durch das Requiſit einer Nothwendigkeit oder der Zweckmäßigkeit oder durch ein anderes Requiſit bedingt ſein, ihre eigene Zuſtändigkeit bemeſſen, gegen jene Verfügung einzuſchreiten?

Halten wir uns zunächſt an die Worte des §. 10. cit.

„die Gerichte ſind befugt, die Grenzen ihrer Zuſtändigkeit ſelbſt zu entſcheiden;

von ihnen können Verwaltungsmaßregeln, welche von den Verwaltungsbehörden außerhalb der Grenzen ihrer Zuſtändigkeit vorgenommen ſind, aufgehoben werden"

ſo müſſen wir uns dafür entſcheiden, daß der Ausdruck „Zuſtändigkeit" und noch mehr der Ausdruck „Grenzen der Zuſtändigkeit" einer Behörde nach der allgemeinen Redeweiſe: den Wirkungskreis einer Behörde, das Feld ihrer Thätigkeit, den Inbegriff der ſämmtlichen, ihrer Thätigkeit nach allgemeinen Merkmalen im voraus zugewieſenen Angelegenheiten oder Sachen bedeutet. Es würde daher an ſich ſchon eine gezwungene Anwendung des Ausdrucks „Zuſtändigkeit" ſein, wollte man ihn mit „Zuläſſigkeit" oder „Rechtmäßigkeit" gleichbedeutend nehmen. Wollte man Letzteres bei den Eingangsworten des §. 10: „die Gerichte ſind befugt, die Grenzen ihrer Zuſtändigkeit ſelbſt zu entſcheiden" verſuchen, ſo würde man eine wahrhaft unſinnige Beſtimmung ſubſtituiren; hier muß das Wort „Zuſtändigkeit" nothwendig gleichbedeutend mit „Wirkungskreis" ſein; es läßt ſich aber nicht annehmen, daß der Geſetzgeber in demſelben Tenor denſelben techniſchen Ausdruck ſpäter in einem ganz davon abweichenden und überdies noch ungewöhnlichen Sinne habe gebrauchen wollen. Es hat jener Ausdruck ganz daſſelbe bedeuten ſollen, was der fremde Ausdruck „Competenz", wie er ſich in der Wiſſenſchaft feſtgeſetzt hat, bezeichnet, wie dies

zur Genüge aus den vorgelegten Motiven der Regierung erhellt, wo dasjenige mit „Competenz" bezeichnet wird, was im Texte des Gesetzes „Zuständigkeit" heißt. Es harmonirt diese Bedeutung auch vollkommen mit der natürlichen Stellung der Justiz und Verwaltung zum Staatszwecke und zu einander. Jede dieser beiden Repräsentationen der Bestimmung des staatlichen Vereins ist innerhalb des ihr zugewiesenen Wirkungskreises für befugt zu halten, ihre Aufgabe zu erfüllen und wegen der Art dieser Erfüllung, ob dieselbe den Anforderungen der Rechtmäßigkeit, der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit entspreche, nur sich selbst, keinenfalls dem andern Theile verantwortlich oder ihm untergeordnet; es enthält also der §. 10 in der Sache nichts neues, und er weicht nur insofern ab, als er die Frage, wer darüber entscheiden solle, ob die Verwaltung competent gewesen, irgend eine vor den Gerichten zur Sprache gebrachte Verfügung zu erlassen, nunmehr den Gerichten überweist, während diese Entscheidung vor 1833 nicht ausdrücklich einer bestimmten Behörde überwiesen, nach der gängigen Ansicht aber dem Landesherrn überlassen war, durch die resp. Verfassungsgesetze von 1833 und 1840 dagegen einer besondern Behörde, resp. einer Section des Geheimraths und dem Staatsrathe überwiesen worden.

§. 6.

Die Zuständigkeit einer Behörde umfaßt nun, ihrem Begriffe nach, alle diejenigen Fälle der Thätigkeit, welche nach einem im Voraus gesetzlich aufgestellten oder herkömmlich angenommenen Merkmale, eben dieser Behörde zufallen. Die Grenzen ihrer Thätigkeit sind zunächst sachlicher Art; die solchergestalt dem Gegenstande nach allgemeiner begrenzte Thätigkeit einer Behörde kann dann aber auch noch auf die eine oder andere Weise enger eingegrenzt werden, bald je nach dem Grade der Befugnisse in derselben allgemeineren Richtung, welche der einem oder der andern Behörde derselben Gattung übertragen sind *),

*) Z. B. das eine Gericht entscheidet nur bei bestimmten Werth-Classen oder erkennt nur auf gewisse Arten von Strafen, die eine Verwaltungsbehörde darf nur Pässe für das Inland ertheilen; häufig steht dem gegenüber ein anderes Gericht, eine andere Verwaltungsbehörde,

bald nach andern Merkmalen, namentlich nach Local- und Personalgrenzen*). Die Grenzen der Zuständigkeit einer Behörde

---

welche weitergehende Befugnisse in derselben Richtung hat, häufig aber nicht; in jenem Falle wird man die Beschränkung in der Befugniß durchweg als eine Grenze der Zuständigkeit der betreffenden Behörden auffassen müssen, in diesem Falle ist sie ein allgemeines Verbot, eine allgemeine Instruction, daher liegt hier die Begrenzung der Zuständigkeit meistens wiederum weiter, nämlich in der Art der Beschäftigung, und die Einschränkung hinsichtlich der Befugniß ist eine bloße Schranke der innern Rechtmäßigkeit. (Wo der einen Paßbehörde gestattet ist, Pässe nur für das Inland auszustellen, der andern aber auch für das Ausland, da ist die Grenze der Befugniß für jene eine wahre Grenze der Zuständigkeit; wo aber der letztgedachten Paßbehörde die Befugniß genommen ist, Pässe für ein bestimmtes Ausland zu ertheilen, ohne daß einer andern Behörde diese Befugniß beigelegt ist, da ist, wenn sie dennoch in das eximirte Ausland einen Paß ausstellt, dies nicht sowohl eine Ueberschreitung der Zuständigkeit, als eine Pflichtverletzung innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit.)

*) Es ist auch wohl darüber controvertirt, ob im Falle, wo eine Verwaltungsbehörde bei einer Angelegenheit, die im Allgemeinen zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehört, in ihrer desfallsigen, zugleich einen Eingriff in die Privatrechtssphäre eines Einzelnen enthaltenden Verfügung die Local-, Personal- oder eine andere nähere Begrenzung ihrer Zuständigkeit überschreitet, (z. B. das Amt X nimmt innerhalb des Bezirks des Amts Y Beschlag auf Gewichte oder Gemäße eines hier ansässigen Privaten, weil es dieselben für falsch hält) dieselbe auf Grund des §. 10 des Gesetzes vom 5. September 1848 auf Einstellung ihrer Thätigkeit beim Gerichte belangt, und von diesem die Beseitigung der Verfügung erkannt werden könne. Nach den Worten des letzten a l. des §. 10 wird man sich geneigt fühlen, diese Frage zu bejahen, und selbst denjenigen, welche dabei Bedenken tragen, weil sie nach dem Eingange des §. 10 für die Thätigkeit der Gerichte immer noch verlangen, daß auch deren Zuständigkeit generell begründet sei, mit a. W. daß überall eine Justizsache vorliege, wird man erwiedern können, daß hier wirklich eine Justizsache insofern anzunehmen sei, als jeder Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen, der nicht aus Rücksicht auf die Staatswohlfahrt ꝛc von der hiefür competenten Verwaltungsbehörde vorgenommen werde, eine Justizsache sei und bleibe. Nur dann, wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber alle solche Verfügungen, welche nach allgemeinen Ressort-Grundsätzen den competenten Verwaltungsbehörden zustehen würden, der richterlichen Cognition habe entziehen wollen, einer-

sind manchmal bestimmt, sehr häufig aber völlig generell gelassen, und nicht selten ist ihre Auffindung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden*). Allemal aber gehört zum Begriffe der Zuständigkeit einer Behörde eine im Voraus auf eine ganze Classe von Fällen ertheilte Befugniß zur Thätigkeit. Niemals kann dagegen die Zuständigkeit (der Wirkungskreis, die Competenz) einer Behörde zu einer Thätigkeit oder Verfügung erst dadurch

---

lei ob im einzelnen Falle die competente Verwaltungsbehörde oder eine dazu nicht competente sie vorgenommen habe, muß man gegentheiliger Ansicht sein. Der Wortlaut des §. 10 so wie die verwandten Bestimmungen in den Verfassungsgesetzen von 1833 und 1840 giebt dieser Annahme jedoch wenig Vorschub. Ob der Staatsrath des Gesetzes von 1840, in dessen Functionen die Gerichte succedirt sind, nicht der letzten Theorie gehuldigt haben würde, das ist eher möglich, aber nicht mehr zu ermitteln.

*) In einem Rechtsstreite des Revisor Rädeker gegen den Magistrat zu Hannover kam in Frage, ob eine Geldstrafe, welche der Magistrat zu Hannover vom ꝛc. Rädeker eingezogen, weil er den vom Magistrate erlassenen Statuten über Theilnahme an der Bürgerwehr nicht nachgekommen, vom Magistrate zurückzuerstatten sei; die Vorfrage war aber auch hier, ob die Gerichte sich der Klage annehmen durften, weil der Magistrat vermeinte, innerhalb seiner Competenz gehandelt zu haben, als er jenes Statut erlassen, welches ihn zur Erkennung und Einziehung der Strafe berechtigte. Der Kläger bezweifelte diese Competenz, weil das Gesetz und die Ministerialbekanntmachung vom 16. April 1848 über die Einrichtung von Bürgerwehren nur die eigentlichen Bürger, zu denen er nicht gehöre, habe heranziehen wollen. Das Ober-Appellationsgericht glaubte aber in seiner Entscheidung vom 5. Januar d. J. dem Magistrate die allgemeine Competenz zum Erlaß von Statuten in Betreff der auf die Bürgerwehr bezüglichen Einrichtungen, und danach zur Heranziehung aller seiner Botmäßigkeit untergebenen Personen zum Bürgerwehrdienst — einerlei ob sie Bürger oder Nichtbürger seien, ob das Gesetz die Nichtbürger zum Bürgerwehrdienste habe heranziehen wollen oder nicht — beilegen zu müssen. Demgemäß nahm es an, daß der Magistrat innerhalb der Grenzen seiner Competenz gehandelt, als er den Kläger wegen Nichtbefolgung seiner desfallsigen Anordnungen in Strafe genommen, verwarf aus diesem Gesichtspuncte die Appellation des Klägers gegen eine Entscheidung der Justiz-Canzlei, welche, jedoch aus mehr innern Gründen der Rechtmäßigkeit der Verfügung des Magistrats, die Klage auf deren Aufhebung abgewiesen hatte.

bedingt werden, daß die Verfügung, wenn die Behörde nur nach den allgemeinen Competenzbestimmungen in dem vorliegenden Falle befugt sein würde, einzuschreiten, in concreto rechtmäßig war. Die Rechtmäßigkeit einer bestimmten Verfügung kann, eben wegen ihrer unzertrennlichen Abhängigkeit von den Eigenthümlichkeiten des einzelnen Falles, auch nur die Bedingung einer bestimmten Thätigkeit einer Behörde im einzelnen Falle, niemals aber das im Voraus festzustellende Merkmal einer ganzen Classe von Thätigkeiten abgeben, also zur Feststellung der Zuständigkeit oder des Wirkungskreises einer Behörde dienen.

Was so eben von der Rechtmäßigkeit einer Verfügung überhaupt gesagt ist, muß selbstredend insonderheit auch dann gelten, wenn die Rechtmäßigkeit davon abhängig wird, daß die Verfügung durch Nothwendigkeit oder durch Zweckmäßigkeit im Interesse des Staats oder eines Theils desselben geboten wurde.

§. 7.

Im Allgemeinen scheint die Ausführung Zachariä's den obigen Sätzen nicht entgegen zu sein. Insbesondere erkennt Zachariä an, daß in den Fällen, wo die Gesetze den Verwaltungsbehörden die alleinige Entscheidung der Fragen, ob eine Maßregel nothwendig sei, überlasse, um danach ihr Einschreiten zu bemessen, die Competenz der Verwaltungsbehörde hinsichtlich einer in die Rechtssphäre des Einzelnen greifenden Verfügung nicht davon abhangen könne, ob dieselbe in concreto durch Nothwendigkeitsrücksichten nun auch wirklich geboten worden, und daß daher in allen diesen Fällen die Gerichte ohne Weiteres sich der Prüfung der Nothwendigkeit zu enthalten haben. Nur da, wo vermöge des Staatsnothrechts, ohne jene vorherige gesetzliche Ermächtigung, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden angenommen zu werden pflege, dependire die Zuständigkeit von der Nothwendigkeit im einzelnen Falle, und insofern seien auch die Gerichte befugt, die Nothwendigkeit einer Verwaltungsmaßregel zu prüfen, um danach zu bemessen, ob die Verwaltungsbehörde für die Maßregel competent gewesen oder nicht, ob also das Gericht einzuschreiten befugt sei oder nicht.

Uns scheint aber eben diese Ausnahme unbegründet und willkürlich zu sein. Allerdings läßt sich die Befugniß der

Verwaltungsbehörden zum Einschreiten, selbst unter Beeinträchtigung der Rechtssphäre Einzelner, in gar vielen Fällen, wo dieselbe ohne Weiteres ein für allemal angenommen wird, nicht auf eine gesetzliche Vorschrift zurückführen, sondern es wird der Grund in dem jus eminens des Staats gesucht werden müssen. Allein dies kann an den vorangestellten Grundsätzen über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, in Fällen dieser Art einzuschreiten, nichts ändern.

Die Fälle, in denen die Verwaltungsbehörden in Folge des jus eminens thätig werden dürfen, haben sich im Laufe der Zeit meistentheils durch äußere Merkmale bereits kenntlich gemacht; allein, auch abgesehn hiervon, wird überall, sobald man nur einräumt, daß eine Verwaltungsbehörde vermöge des Staatsnothrechts befugt sei, unter gewissen, den concreten Fall berührenden Voraussetzungen thätig zu werden, die Zuständigkeit derselben zu der, in einem concreten Falle entwickelten Thätigkeit auch dann schon angenommen werden müssen, sobald es sich nur manifestirt, daß sie eben kraft des von ihr in Fällen der gedachten Art auszuübenden jus eminens habe thätig werden wollen, und sofern nicht etwa die Art der Thätigkeit durch andre Grenzen der Befugnisse grade dieser Behörde entzogen sein sollte (conf. oben S. 25 Note *).

Ob im concreten Falle der Staat in Noth, also das Einschreiten kraft des Staatsnothrechts hier gerade am Platze war, bedingt immerhin die innere Rechtmäßigkeit des Einschreitens selbst, die Zuständigkeit der Behörde zum Einschreiten aber nicht, diese ist bereits durch den allgemein anerkannten Satz des öffentlichen Rechts begründet, daß die betreffenden Behörden im Falle der Noth oder Gefahr des Staats einzuschreiten befugt seien.

Es ist in der That auch nicht abzusehn, weshalb bei dieser Art der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden die Ermittlung der Grenzen derselben nach andern Grundsätzen sich richten sollte, als in denjenigen Fällen, wo ausdrückliche Gesetze den Verwaltungsbehörden eine gewisse Kategorie von Geschäften zuweisen, wo dennoch aber im einzelnen Falle allemal die Frage, ob auf Grund dieser Zuweisung die Behörden für das Mal thätig werden durften, genau mit den innern Voraussetzungen des be-

treffenden einzelnen Falls zusammenhängt. Wir vermissen auch einen solchen Grund in der Zachariäschen Abhandlung. Freilich wird in derselben als solcher pag. 37 l. c. hervorgehoben: „wenn der §. 10 des Ges. von 1848 bloß den allgemeinen Competenzbereich der Verwaltungsbehörde bei der Bestimmung im Auge gehabt, daß die Gerichte die Grenzen der Zuständigkeit zu prüfen haben, so bliebe in der That für die doch als zulässig erkannte gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsactes gar kein Object übrig, da sich jeder Sache leicht eine administrative oder in specie polizeiliche Eigenschaft abgewinnen lasse. Dann ist freilich die Verwaltungsbehörde allemal zuständig, wenn sie überhaupt eine Sache zum Gegenstande ihrer Thätigkeit machen kann."

Unserer Ansicht nach trifft aber dieses Argument nicht zu. Zunächst bleiben noch viele Fälle übrig, wo eine Administrativbehörde außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit thätig werden und dadurch in die Privatrechte Einzelner eingreifen kann, sei es daß der Thätigkeit überall keine administrative Seite abzugewinnen, oder daß die Behörde an den Tag legt, nicht kraft derjenigen Eigenschaft handeln zu wollen, welche ihrer Handlungsweise einen administrativen Character geben würde, oder daß mindestens die betreffende Behörde zu der fraglichen Thätigkeit nicht competent war (vgl. oben S. 26 Not. *). Dann aber trifft das Argument diejenigen Fälle, wo Zachariä die Prüfung der, in concreto die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsmaßregel bedingenden, factischen Voraussetzungen dem Gerichte entziehen will (pag. 38. 39 l. c.), eben so gut, als den Fall, wo die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden durch das Staatsnothrecht bedingt wird.

Daß aber aus der Geschichte unserer Landesverfassung für diese, von Zachariä aufgestellten Ausnahmen nichts hergeleitet werden könne, wird aus demjenigen, was im Eingange von uns aus derselben vorangeschickt worden ist, auf den ersten Blick klar.

§. 8.

Wollte man aber mit Zachariä in denjenigen Fällen, wo die Verwaltungsbehörden kraft des Staatsnothrechts in die Rechtssphäre der Einzelnen eingegriffen haben, den angegange-

nen Gerichten zum Zwecke der Forschung nach den Grenzen der Zuständigkeit, auf Grund des §. 10 cit., die Befugniß beilegen, die Nothwendigkeit der Maßregel selbst zu prüfen, so würde man in der That nicht bloß die Verwaltungsbehörden auf eine ungehörige Weise den Gerichten unterordnen, und die ganze Staatsmaschine lähmen, sondern auch den Richter auf ein Gebiet ziehen, wo er überall nicht heimisch sein soll. Diese Gefahren fühlt Zachariä sehr wohl, daher restringirt er die richterliche Prüfung lediglich auf die Frage nach der Nothwendigkeit einer Maßregel, will dagegen den Gerichten jede Beurtheilung der Zweckmäßigkeit entzogen wissen, und stellt zu dem Ende den bereits erwähnten Satz auf: „die bloße Rücksicht darauf, was dem Staate zweckmäßig, seinem Wohle förderlich sein könne, berechtige die Verwaltungsbehörden an sich überall nicht, in die Rechtssphäre Einzelner einzugreifen, ausgenommen, wenn bestimmte Gesetze dieses gestatten. In diesem Falle sowohl als auch in dem obigen Falle, wo die Verwaltungsbehörden kraft des Staatsnothrechts eine Maßregel getroffen, und wo zur Prüfung der Competenz die Gerichte allerdings sich von der Gefahr des Staats und der Nothwendigkeit des Einschreitens der Verwaltungsbehörde zu überzeugen haben, dürfe der Richter niemals sich der Prüfung der Zweckmäßigkeit der Verwaltungsmaßregeln unterziehen.“

Allein in den letzten Fällen wird sich die Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit nur äußerst selten von der Rücksicht auf die Nothwendigkeit trennen lassen, da eine Maßregel, die für zweckmäßig nicht zu halten ist, meistentheils auch nicht nothwendig sein wird, man würde hier also doch indirect dem Richter meistens wiederum auch die Prüfung der Zweckmäßigkeit einräumen. Was den ersten Satz dagegen angeht, den Zachariä freilich aufstellen mußte, wenn er mit seinen Grundsätzen nicht zu weit greifen wollte, so ist, wie bereits oben (S. 16.) angedeutet worden, dieser zu sehr mit dem staatlichen Leben im Widerspruche, als daß er auf Anerkennung rechnen dürfte. Die Rücksicht auf die Wohlfahrt des Staates ist die eigentliche Quelle der Polizeigewalt*); wie es aber ein vergebliches Bemühen sein würde,

*) Bluntschli in seinem Werke über allgemeines Staatsrecht (München 1852) spricht sich S. 457 über den Umfang der polizeilichen Thä-

die einzelne Richtung der polizeilichen Thätigkeit im Voraus gesetzlich zu ordnen, eben so läßt sich auch nicht die Befugniß der Polizei, bei ihrer Thätigkeit in die Rechtssphäre des Einzelnen überzugreifen, in allen Richtungen im Voraus durch Gesetze bestimmen, und doch würde es traurig um die Staatswohlfahrt aussehn, sollte die Verwaltung in allen jenen Fällen, wo es an solchen ausdrücklichen Gesetzen fehlt, niemals die Rechte des Einzelnen der Wohlfahrt des Ganzen unterordnen dürfen*).

---

tigkeit so aus: „Es ist ein vergebliches Bemühen, die einzelnen Richtungen der polizeilichen Thätigkeit genau abstecken und die Art derselben mit minutiöser Sorgfalt zum voraus bestimmen und ordnen zu wollen. Die Polizei geht von dem Centrum des Staats aus und kann den mannigfachen Anregungen des Lebens nur genügen, wenn sie mit innerer Freiheit thut, was der Moment und die Eigenthümlichkeit jedes einzelnen Falles, auch des nicht vorhergesehenen fordert. Ihre Aeußerungen sind so reichhaltig und verschiedenartig, wie die Erscheinungen des Lebens, auf welche sie sich beziehn." Fr. Rohmer, vierter Band: „der Polizei Wirksamkeit ist unberechenbar wie das Leben selbst, sie läßt sich nicht in Formeln bringen, nicht in Vorschriften fassen."

*) In diesem Sinne bestätigte auch das Kgl. O.-A.-Gericht am 7. Juli 1851 die reformatorische Entscheidung der Justizkanzlei zu Hannover in Sachen des Magistrats zu Hannover gegen die Landdrostei daselbst. Letztere hatte angeordnet, daß zum Theater eine Ueberfahrt durch die Allée an der Georgenstraße zu Hannover angelegt und zu dem Ende einige Bäume der Allée weggenommen werden sollten. Der Magistrat erblickte darin einen Eingriff in das Eigenthum der Stadt, wofür er die Allée ausgab, und belangte die Landdrostei auf Zurücknahme der Anordnung beim Stadtgerichte, indem er vorab um eine provisorische Sistirung derselben bat. Das Stadtgericht erließ letztere und wies die Landdrostei mit ihrer desfallsigen Remonstration zurück. Auf Appellation der Landdrostei an die Justiz-Canzlei wies diese den Magistrat mit seiner Klage zurück verbis: „da die provisorische Verfügung des Stadtgerichts die vorläufige Beseitigung einer von der Kgl. Landdrostei in Wegesachen, folglich innerhalb der durch §. 7 Nr. 5 des Landdrostei-Reglements vom 18. April 1823 derselben beigelegten Competenz, getroffenen Maßregel enthält, Verwaltungsmaßregeln aber, welche von den Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommen sind, zufolge des §. 10 des Gesetzes vom 5. Sept. 1848 von den Gerichten nicht aufgehoben werden können, so u. s. w."

Obwohl nun der Magistrat mit Grunde nachwies, daß das Land-

Werfen wir nun aber nachträglich noch einen Blick auf die Beispiele, durch welche Zachariä am Schlusse seiner Abhandlung seine Sätze anschaulich zu machen sucht, so finden wir wenig Unterstützung für dieselben darin. Nach den nämlichen Principien würde man im ersten Beispiele, wenn der ꝛc. von Sierstorff wirklich ein Ausländer gewesen, oder wenn im zweiten Beispiele das fragliche Individuum aus einem inficirten Orte gekommen, den Gerichten auch die Entscheidung der Frage überlassen müssen, ob die Maßregel durch die Gefahr geboten war, eine Frage, die nun einmal nur in den Wirkungskreis der Verwaltung gehört und überall nicht für den Gesichtskreis der Richter passen würde.

Nach unserer Auffassung würden wir aber, selbst wenn die Beispielsfälle so gedacht werden, wie sie in obigem Aufsatze hingestellt sind, unter Anwendung des §. 10 cit. im 2. Beispielsfalle die Beseitigung der Verfügung durch die Gerichte ohne Weiteres, wegen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde, ausschließen, ob auch im ersten Falle, — das würde wohl noch von der Art der Begrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde abhängen.

Wir fassen nach allem Vorstehenden unsere Ansicht über

drostei-Reglement nur diejenigen Wegesachen, die den Verwaltungsbehörden überall zufielen, und nicht vor die Wegbau-Commission gehörten, der Landdrostei habe zuweisen wollen, keineswegs aber habe aussprechen wollen und können, in wie weit überall die Verwaltung competent sei, zum allgemeinen Besten Wege über Privat-Eigenthum anzulegen, so bestätigte dennoch das O.-A.-Gericht die Entscheidung der Justiz-Canzlei, offenbar: weil anerkanntermaßen aus Rücksicht auf die Staatswohlfahrt der Verwaltung auch das Recht eingeräumt werden muß, unter Umständen in die Rechtssphäre Einzelner einzugreifen, die Landdrostei aber die Behörde sein würde, welche bei Wegen der vorliegenden Art dies vorzunehmen haben würde, und, ihre Zuständigkeit vorausgesetzt, die Frage, ob die Bedingungen in concreto vorhanden seien, um aus Rücksicht auf das Staatswohl einzuschreiten, nicht zur Prüfung der Gerichte gehört.

Zugleich wurde eine Ansicht des appellirenden Magistrats, als ob die Gerichte, ganz abgesehn von ihrer Zuständigkeit, befugt seien, durch provisorische Verfügungen wegen unersetzlichen Schadens die Verwaltungsmaßregeln einstweilen zu inhibiren, nicht weiter attendirt.

den §. 10 des Ges. vom 5. Septbr. 1848, in der Richtung, welche in der im Eingange des §. 5. dieser Abhandlung vorangestellten Frage näher fixirt ist, dahin zusammen: daß wir die Gerichte — um die Grenzen der Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde zu einer Verfügung zu beurtheilen, und um danach zu bemessen, ob sie auf Grund des §. 10 cit. berechtigt sei, einen auf Beseitigung gedachter Verfügung von dem Betheiligten erhobenen Rechtsstreit zu instruiren, und eventuell auf deren Beseitigung zu erkennen — niemals für befugt erachten, die innere Rechtmäßigkeit der betreffenden Verfügung, mag diese sich nun nach der Nothwendigkeit, der Zweckmäßigkeit oder nach andern Rücksichten richten, zu prüfen und jener ihrer Beurtheilung zum Grunde zu legen; daß wir vielmehr zu diesem Zwecke den Gerichten nur die Forschung nach den abstracteren Grenzen der Zuständigkeit der betreffenden Verwaltungsbehörde zur Thätigkeit in Fällen der gedachten Art überhaupt gestatten.

§. 9.

Wir lassen nunmehr den Fall folgen, in Beziehung auf welchen der Professor Zachariä seine Abhandlung geschrieben.

Der Stärkefabrikant Kuhlmann in Hannover legte im J. 184⅝ eine Stärkefabrik auf einem ihm eigenthümlich zustehenden Grundstücke unweit der Stadt an, wozu es nach damaligem Gewerberechte einer regiminellen Erlaubniß bedurfte.

Das bei der Stärkefabrikation aus dem Gährungsprocesse übrig bleibende s. g. Sauerwasser, welches in nicht gehörig abfließenden Gräben stagnirte, entwickelte bald einen höchst penetranten unangenehmen Geruch in der Umgegend, so daß sich die Umwohner veranlaßt fanden, die Obrigkeit um Abhülfe anzugehn. Nachdem verschiedene vergebliche Versuche gemacht waren, das Wasser gehörig abzuleiten, auch von den Regiminalbehörden das Gutachten des Landphysicus eingezogen worden, danach die Gesundheitsgefährlichkeit jenes Geruchs anzunehmen war, der ꝛc. Kuhlmann ein Gegengutachten des Directors der

polytechnischen Schule beigebracht und schließlich das Obermedicinal-Collegium sich für die Ansicht des Landphysicus ausgesprochen hatte, so wurde vom Amte zunächst dem Kuhlmann aufgegeben, seinen Fabrikbetrieb einzustellen oder ungefährlich für die Gesundheit des Publikums einzurichten, und als keiner dieser Alternativen Folge gegeben wurde, die Schließung und Versieglung der Fabrik verfügt, diese Verfügung auch höhern Orts und zuletzt vom Königl. Ministerio des Innern bestätigt. Nunmehr erhob ꝛc. Kuhlmann Klage wider die letztgedachte Behörde zunächst auf Aufhebung der Verfügung und Ersatz wegen des interimistischen Schadens, eventuell auf Schadenersatz allein und allgemein.

In der ersten hier zunächst interessirenden Richtung behauptete er die Ungefährlichkeit seiner Anlage für die Gesundheit, daher die Unzuständigkeit der Regiminalbehörden zu der angefochtenen Verfügung, und motivirte folgeweise die Competenz des Gerichts im Wesentlichen mit den in der Abhandlung des Prof. Zachariä niedergelegten Gründen. Das Gericht erster Instanz (Stadtgericht zu Hannover) erklärte nach verhandelten Sätzen die Klage für stattnehmig, sobald Kläger beweise:

daß die Art des Betriebs seiner Fabrik Gefahr für Leben oder Gesundheit der Umwohner nicht erzeugt habe,

indem es seinerseits auch annahm, daß in Ermanglung eines Gesetzes, welches die Competenz der Verwaltungsbehörde formell ordne, zwar das jus eminens die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zu Verfügungen vorliegender Art begründe, daß in diesem Falle aber auch die Gerichte zu untersuchen befugt seien, ob im einzelnen Falle eine Nothwendigkeit die Zuständigkeit der Verwaltung wirklich begründen. Da nun in concreto es an einem bestimmten Gesetze fehle, welches in Fällen vorliegender Art die Competenz der Verwaltung regulire, so habe auch das Gericht, bei dem die Behauptung aufgestellt sei, daß es an der erforderlichen Nothwendigkeit für die Verwaltung zu der betreffenden Verfügung gefehlt habe, zum Zwecke der Prüfung der Zuständigkeit der Verwaltung in Gemäßheit des §. 10 dem Kläger den Beweis auferlegen müssen, daß die Fabrikanlage nicht lebens- oder gesundheitsgefährlich gewesen, indem die praesumtio pro legalitate und die Partei-

rolle die verklagte Verwaltungsbehörde habe ſchützen müſſen, ihrerſeits die Beweislaſt zu übernehmen.

Hierwider appellirten beide Theile an die Juſtiz-Canzlei zu Hannover; der Kläger war mit Beweislaſt und Beweisnorm nicht zufrieden; das verklagte Miniſterium wollte ſofortige Zurückweiſung des Klägers a limine judicii.

Die Juſtiz-Canzlei deferirte der Beſchwerde des Letzteren, womit die Appellation des Klägers von ſelbſt ſich erledigte. Die Gründe gehen dahin:

> da die geſundheitspolizeiliche Beſchaffenheit der angeſtrittenen Verfügung jeden Zweifel darüber beſeitigt, daß dieſelbe innerhalb der Zuſtändigkeits-Grenzen der thätig gewordenen Verwaltungsbehörden d. h. innerhalb des allgemeinen Competenzbereichs der letzteren erlaſſen iſt, die gerichtliche Aufhebung jener Verfügung mithin, zufolge §. 10 des Geſetzes vom 5. Sept. 1848, eine Verfaſſungswidrigkeit in ſich ſchließen würde, ſo u. ſ. w.

Dieſe Entſcheidung wurde vom Kläger beim O.-A.-Gerichte wiederum angefochten, unter Bezugnahme auf das mehrerwähnte Gutachten des Profeſſor Zachariä; dieſelbe wurde jedoch vom O.-A.-Gerichte ohne irgend welche Meinungsverſchiedenheit, mit folgenden Gründen unterm 24. Febr. 1852 rechtskräftig beſtätigt:

„da die Beurtheilung der Frage, ob der dem Appellanten inhibirte Betrieb ſeiner Stärkefabrik gemeinſchädlich und geſundheitsgefährlich ſei? nicht vor dem Richter, ſondern nur vor den mit der Wahrnehmung der Geſundheitspolizei vom Staate beauftragten Verwaltungsbehörden ihre Erledigung finden kann, indem es dabei nicht auf das Anpaſſen des beſondern Falls unter eine allgemeine oder beſondere Rechtsnorm, ſondern lediglich auf ein Ermeſſen nach Gründen der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit ankommt, und wie ſonach, da von den Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuſtändigkeit eine Verfügung abgegeben iſt, es nur noch auf die Entſchädigungsfrage ankommt, ſo wird die Appellation verworfen ꝛc.“ —

III.

Rechtsfälle und Präjudicien nebst rechtlichen Erörterungen.

Obligationen aus Verträgen des Ehemanns, wodurch er sich vom Ehebrecher für Nichtverfolgung des Ehebruchs Etwas versprechen läßt, sind nicht klagbar.

Daß nach Röm. Recht der Vertrag, wodurch der Ehebrecher den durch Ehebruch verletzten Ehemann von öffentlicher Anklage abhält, indem er ihm dafür Geld oder dergleichen verspricht nicht allein eine turpis causa enthalte, sondern selbst als lenocinium zu bestrafen sei, darüber lassen die Bestimmungen der ältern Gesetze keinen Zweifel. Als turpitudo für beide Contrahenten bezeichnet solchen Vertrag die

l. 4 D. de condictione ob turpem vel injustam causam, (XII. 5.)

in welcher unter Bezugnahme auf die vorangegangene l. 3. (verbis: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur: non posse repeti, dicimus. veluti si pecunia detur, ut male judicetur,) gesagt wird:

Idem, si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt.

Es ist daselbst zwar nur davon die Rede, daß der Ehebrecher das Gegebene nicht zurückfordern könne, aber die beiderseitige turpitudo würde auch der Klage des Ehemanns aus dem

Verſprechen entgegenſtehn. In l. 2. D. ad leg. Jul. de adulteriis coerc. heißt es ſogar:

Lonocinii quidem crimen lege Julia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit.

vergl. l. 8. pr. l. 29. §. 3. 4. eod.

und das harmonirt mit der allgemeinen Auffaſſung, die das R. R. von der Unerlaubtheit eines Vergleichs in Beziehung auf das Unterlaſſen der Anklage wegen delicti publici hat. Iſt nun gleich Streit darüber, ob die

l. 18 D. de transaction.

dahin zu verſtehen ſei, daß auch ein Vergleich über adulterium der Strafe des falsi unterliege; iſt ſodann wenigſtens ſoviel gewiß, daß das Wiederaufnehmen der Ehebrecherin abſeiten ihres Mannes durch Nov. 134 cap. 10 und can. 7: 8 causs. 32 qu. 1 keineswegs gemißbilligt, noch weniger für ſtrafbar erklärt iſt; iſt endlich auch der Thatbeſtand des lenocinii ſchon durch den Art. 122 der Carolina und durch unſere ſpätere Strafgeſetzgebung in der Maaße beſchränkt, daß das Annehmen von Vortheilen nur, wenn der Ehemann dem Ehebruch dadurch Vorſchub leiſtet, mit Strafe bedroht iſt, ſo läßt ſich doch nicht denken, daß die Grundanſicht der Römer, der Ehemann, welcher ſich durch den Ehebruch der Frau bereichert, befinde ſich in turpi causa, irgend modificirt ſei, wie es dem Sittlichkeitsgefühl jeder Zeit widerſpricht, daß ſich der Ehemann für die Entehrung ſeines Ehebettes Etwas zahlen oder verſprechen läßt; ja es fahren ſelbſt im Widerſpruch mit dem mildern Carpzov. P. 4 l. 29 def. 2 die ältern Juriſten z. B. Strykius in usu moderno tit. de transact. und Leyser medit. ad pand. spec. 588 fort, ſolchen Vergleich als ſtrafbar zu bezeichnen, während Boehmer ad Carpzov. Abh. IV., (vergl. Müllers promtuarium ad voc. Adulter Nr. 60) eine wirkliche Beſtrafung in ſolchem Falle für ſeltner hält, da die Schande, der der Ehemann ſolchenfalls nicht entgehen kann, ihn reichlich ſtraft.

Wie man nun aber auch die Strafbarkeit ſolchen Rechtsgeſchäfts auffaſſe — ſoviel wird feſtſtehn, daß, wenn es ſich um Verfolgung von Civilanſprüchen in Anlaß eines Vergleichs des Ehemanns mit dem Ehebrecher über das Unterlaſſen der Anklage

wegen Ehebruchs handelt, nicht allein die **condictio ob turpem causam** abzuschneiden sei, indem der natürlich selbst in **turpi causa** versirende Ehebrecher das einmal Gezahlte nicht zurückfordern kann, nach dem Grundsatze, daß **in pari conditione**, wenn beide Theile turpiter verfahren, der Besitzer geschützt wird, cf. l. 8 D. de cond. ob turp. c. (XII. 5) l. 2. 5 Cod. de cond. ob turpem causam (IV. 7.), sondern auch, daß die Klage des Ehemanns auf die ihm in dem fraglichen Vertrage erst zugesicherten Vortheile für von vornherein unzulässig gelten müsse.

Die Auffassung lag auch einer, sofort nach öffentlicher Verhandlung abgegebenen Entscheidung des K. O.-A.-G. vom 22. Februar 1853 in Sachen des Hokenhändlers Heinrich Scheele in Neustadt, Amtsgerichts Coppenbrügge, Klägers, wider den Großköthner August Kopmann daselbst, Beklagten, wegen Forderung zum Grunde, welche Entscheidung im Wesentlichen dahin lautete:

„Der Kläger (Hokenhändler Scheele) hat mit seiner am 17. September 1852 eingereichten executorischen Klage gegen den Großköthner August Kopmann eine, seiner Angabe nach vom Beklagten eigenhändig unterschriebene, Urkunde de dato Neustadt den 18. Februar 1852 eingeliefert, in welcher der Aussteller bekennt, die Ehefrau des Klägers zum Ehebruche verführt, und mit derselben sich fleischlich vermischt zu haben, und hinzufügt:

> „„Um nun diese Schandthat in Güte zu beseitigen, und vor der Welt und deren Richtern zu verheimlichen, so gelobe und verspreche ich hiedurch, Scheelen für seinen Verdruß, schlaflose Nächte, so wie auch für die Entziehung der Liebe, Eintracht und Frieden zwischen ihm und seiner Ehefrau, welche jetzt für ihn verloren und gestört worden, mithin für alle Nachtheile, welche Scheele bis jetzt dadurch gehabt, sofort 600 Thaler in Golde zu bezahlen. — — — —
>
> Erfülle ich dies eben Versprochene nicht sofort in Güte und ohne Proceß, so soll Scheelen freistehen, von meinem Eigenthum soviel hinzunehmen, bis derselbe die Summe von 1000 Thaler, geschrieben Eintausend Thaler, Gold daraus gelöset hat.““

Unter Bezugnahme auf den Inhalt dieser Urkunde hat Klä-

ger in der Klagschrift erklärt, er wolle von der zuletzt in der Urkunde ihm ertheilten Befugniß keinen Gebrauch weiter machen; und unter Abrechnung der bereits an Zahlungsstatt hingenommenen Früchte ꝛc. ad 239 ℔ schließlich gebeten:

dem Gegner bei Vermeidung der Execution anzubefehlen, die libellirten 761 ℔ Gold nebst Verzugszinsen zu fünf Procent seit dem Tage der Insinuation der Klage, binnen kurzer Frist an ihn zu berichtigen und zugleich die verursachten Proceßkosten ihm zu erstatten.

In dem nach dem Antrage des Klägers anberaumten und bei dem Königlichen Obergerichte zu Hameln am 29. November 1852 abgehaltenen Termine hat der Beklagte seine Unterschrift unter der vom Kläger beigebrachten Urkunde als richtig anerkannt, indeß der Klage unter Anderm entgegengesetzt, daß, falls er, wie doch nicht, mit des Klägers Ehefrau verbotenen Umgang gehabt, und auch nicht zur Ausstellung der fraglichen Urkunde durch Drohungen gezwungen sei, doch beide Theile aus dem die Urkunde bezielenden Geschäfte die Schande treffe, und wenn auch unter solchen Umständen das bereits Gegebene nicht zurückgefordert werden könne, doch auf das, in solcher Weise Versprochene eine Klage nicht erhoben werden könne. Die Bitte ist auf Zurückweisung der erhobenen Klage, refusis expensis, gerichtet.

Durch Urtheil des großen Senats des K. Obergerichts zu Hameln vom 4. December 1852 ist die erhobene Klage, weil derselben eine turpis causa zur Grundlage diene, aus einer solchen aber, gesetzlicher Bestimmung zufolge, ein durch Klage verfolgbarer Anspruch überall nicht herzuleiten stehe, unter Verurtheilung des Klägers in die veranlaßten Kosten ab- und zurückgewiesen.

Kläger hat gegen dieses Urtheil die Berufung verfolgt und in der öffentlichen Sitzung am 22. Februar 1853 ausgeführt daß die in dem Urtheile angezogenen Gesetzesstellen auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar seien, und daß die Gesetze selbst einen Geldanspruch zur Satisfaction wegen Ehrenkränkungen zuließen, wogegen der Beklagte wiederum behauptet hat, daß wegen der hier eintretenden turpitudo eine Klage nicht zulässig sei."

„In Erwägung

1. daß in der Urkunde vom 18. Februar 1852 als Mo-

tiv der vom Beklagten eingegangenen Verpflichtung, die Verheimlichung des zugeſtandenen Ehebruchs

„vor der Welt und deren Richtern“

angegeben iſt, mithin der Beklagte dadurch der Anklage des beleidigten Ehegatten, deren es zur criminellen Beſtrafung regelmäßig bedarf, hat entgehen wollen, und der Kläger das in dieſer Vorausſetzung gegebene Verſprechen des Beklagten angenommen hat;

2. daß, nachdem die beſonderen Vorſchriften der lex Julia de adulteriis coercendis über die Strafbarkeit des beleidigten Ehemannes, welcher ſich mit dem Ehebrecher vergleicht, hinweggefallen und auch der Ehebruch zu den Capitalverbrechen nicht mehr gehört, die allgemeinen Grundſätze des Römiſchen Rechts über die Unzuläſſigkeit eines, die Abwendung öffentlicher Beſtrafung bezweckenden Vertrages auch bei dem Ehebruche zur Anwendung kommen, wenn auch die Beſtrafung eines ſolchen Vertrages als falsi nicht mehr Statt findet;

3. daß die Annahme einer Geldentſchädigung für die in der Urkunde aufgezählten, dem Kläger durch den mit ſeiner Ehefrau getriebenen Ehebruch zugefügten Nachtheile, wenn gleich gegenwärtig nicht mehr ſtrafbar, für unſittlich gehalten werden muß;

4. daß allen dieſem nach ein Fall vorliege, in welchem die Klage auf Erfüllung nicht Statt findet;“

„ſo wird das angefochtene Erkenntniß des K. Obergerichts zu Hameln vom 4. December 1852 beſtätigt, auch Kläger in die Koſten der Berufung verurtheilt.“

v. Klencke.

2.

Im Hannoverſchen hat das Unterlaſſen der Muthung von Seiten eines nichtbeſitzenden Vaſallen nicht ohne Weiteres den Verluſt ſeines Rechtes, in das Lehn zu ſuccediren, zur Folge.

Nach longobardiſchem Lehnrechte wird die lehnsfähige Deſcendenz durch die Inveſtitur des erſten Erwerbers zur Succeſ-

sion berechtigt, und die spätere Erneuerung der Investitur des zur Successsion gelangten Descendenten bildet nicht erst den Erwerbsgrund, sondern dient nur zur Sicherung des Lehnsnexus und zur Bestärkung der Lehnspflicht.

II. feud. 26. 7.

Eichhorn, deutsch. Priv.-R. §. 216 (2. Ausg.)

Obwohl nun unbestritten das longobardische Lehnrecht in den hannoverschen Churlanden die Regel bildet, so findet in den Letzteren dennoch eine Erneuerung der Investitur nicht bloß durch den zum Besitze gelangten Vasallen statt, sondern wird auch von allen übrigen noch nicht in den Besitz des Lehns gelangenden Descendenten mit der alleinigen Einschränkung verlangt, daß die Investiturerneuerung eines lebenden lehnsfähigen Ascendenten diejenige seiner Descendenz in sich befaßt oder doch überflüssig macht. Einer der Lehnsfolger, meistens der Senior, übernimmt als Lehnsträger, für sich und in Vollmacht der Uebrigen die Muthung und empfängt in gleicher Eigenschaft die Investitur. Die nähere Form des Verfahrens, welches bei dieser, dem longobardischen Lehnrechte fremden Art von Lehnserneuerung vor dem landesfürstlichen Lehnhofe zu beobachten ist, hat eine besondere Verordnung festgestellt.

C. C. C. Cap. 6. p. 346.

Danach soll der Lehnträger u. A. ein Verzeichniß der Mitzubelehnenden nebst Vollmachten der Letzteren übergeben, welche namentlich auf Empfangen der Lehne und Ableistung des Lehnseides gerichtet sind.

Welche Bedeutung aber dieser Art von Lehnserneuerung beizulegen sei, ob namentlich das Versäumen derselben durch einen nichtbesitzenden Vasallen den Verlust des Successionsrechts des Letzteren zur Folge haben müsse, darüber herrschen von Alters her abweichende Ansichten, und unsere vaterländischen Rechtslehrer legen bei ihren Zeugnissen darüber, was in dieser Hinsicht als Rechtens angenommen werde, wenig Klarheit an den Tag.*)

*) v. Pufendorff, obs. IV. 459, theilt ein Responsum des Vice-Canzlers Fabricius an den Vice-Canzler von Hugo vom 16. Aug. 1682 mit, worin freilich das Erforderniß einer investiturae simultaneae, daneben aber bezeugt wird, daß observanzmäßig die, wegen eines Versehns

Die meisten Schriftsteller neigen sich dahin, diese Art der Belehnung einfach als eine deutschrechtliche Sammtbelehnung aufzufassen, und damit derselben auch die nämliche Bedeutung beizulegen. Wir können dies für richtig nicht halten.

---

dabei excludirten Vasallen wieder aufgenommen würden. Ob nur der Lehnsherr oder auch der Richter hiebei zu urtheilen habe, erwähnt Fabricius nicht.

Pufendorff theilt ferner einen, das landesherrliche Lehn Bonafonte betreffenden Fall mit, in welchem die Agnaten eines frühern Vasallen, der das Lehn mit lehnsherrlichem Consense verkauft hatte, mit ihrer Klage auf dasselbe vom O.-A.-Gerichte im Jahre 1714 zurückgewiesen sind

„ob eam inprimis causam, quod agnati quoque non succedant simultanee non investiti

und begründet dies durch die Mittheilung aus einem desfallsigen Berichte des Ober-Appellations-Gerichts, aus welchem man vermuthen muß, daß gerade die Verjährung einen großen Einfluß auf die Entscheidung gehabt habe.

Ferner theilt derselbe Rechtslehrer eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts von 1768 mit, in welcher das Recht zur Succession, selbst von Eventualbelehnten, welche seit 70 Jahren die Erneuerung nicht nachgesucht hatten, für erloschen erklärt wurden. Dabei erwähnt er freilich, daß in diesem Falle die Eventualbelehnung sub expressa lege renovandi ertheilt sei.

Struben in seinen rechtlichen Bedenken (N. A.) II. S. 56 erwähnt einer Antwort, welche der Canzler Alexandri zu Wolfenbüttel dem Vice-Canzler Hugo im Jahre 1681 ertheilt habe.

> Es würden viel Mal in die Lehnbriefe nicht gesetzt, die darin billig gesetzt werden sollten, man wisse kein Exempel, daß man deshalb den im Lehnbrief präteriirten Vetter, wenn die erste Linie ausgegangen sein sollte, verstoßen habe; ein ꝛc. Weferling habe zu Wolfenbüttel und beim Reichs-Cammergericht gegen die von Hoym wegen des Guts Behlburg das Gegentheil erstritten.

Struben selbst giebt aber dabei seine Ansicht hinsichtlich der Braunschweig-Lüneburgischen Lande dahin zu erkennen, wie allemal, wenn es sich nicht um bloße Eventualbelehnung handle, zur successio eines Agnaten in feudum erforderlich sei, daß derselbe in der renovatio feudi begriffen sei, es sei denn, daß der Lehnsträger den Ausschluß verschuldet hätte (eine Einschränkung freilich, die, wenn man mit Struben hier das

Nach älterem deutſchen Lehnrechte ſuccedirte dem letzten Beſitzer nur die lehnsfähige Deſcendenz und zwar im Zweifel nur Einer der Deſcendenten, nach vorgängiger Vereinbarung oder in Folge Entſcheidung des Lehnsherrn; die Agnaten hatten kein Succeſſionsrecht. Der Lehnsherr konnte aber auch ſämmtliche lehnsfähigen Deſcendenten zur geſammten Hand belehnen, was zur Folge hatte, daß ſie als Anerben das Geſammteigenthum behielten, bis ſie theilten. Durch Theilung wurde jedoch

---

deutſche Lehnrecht zur Anwendung bringen wollte, wenig conſequent ſein möchte.

Wißmann de feudis Brunsvic. (Hagemann, Annal. j. feud. I). ſagt §. 12:

> collaterales nec in novo, nec antiquo feudo secundum ducatus Brunsv. Lüneb. consuetudinem succedunt, nisi simultanee investiti.

er baſirt ſeine Anſicht auf einen nicht weiter nachgewieſenen stylus curiae des Lehnshofs.

Senkenberg de feud. Brunsvic. (Hagemann ibid.) behauptet, daß in den Braunſchweig-Lüneburgſchen Landen das ſächſiſche Lehnrecht gelte; zu dem Ende beruft er ſich auf Mevius, wenn er gleich die verſchiedenen Meinungen Andrer hierüber zugeben müſſe, er bringt deſſen Requiſite in Gegenſatz zu denen des longobardiſchen Lehnrechts, und ſagt im §. 30: „igitur (sc. im Braunſchw.-Lüneb.) succeditur non jure sanguinis sed simultaneae investiturae".

Agnaten, welche die Inveſtitur verſäumt haben, will er ausgeſchloſſen wiſſen und beruft ſich zu dem Ende auf ein Erkenntniß des Tribunals von 1737.

Allein was letzteres angeht, ſo ſcheint daſſelbe ſeine Gründe wiederum auf Verjährung zu ſtützen, denn es ſpricht von einem Falle, wo ſeit 60 und längern Jahren die Muthung unterblieben ſei.

Mevius ferner unterſtützt keineswegs an der betreffenden Stelle die Anſicht Senkenberg's, daß das ſächſiſche Lehnrecht im Braunſchw.-Lüneb. gelte: denn er ſagt ſehr richtig nur:

> et simultanea investitura in usu est, non tamen juxta mores Saxonicos, sed prout jure communi convenit et proprii mores firmant.

Senkenberg nimmt aber ſchließlich ſeiner ganzen Deduction auch dadurch wieder jeden Boden, daß er die Ausſchließung eines nicht muthenden Baſallen erſt dann zulaſſen will, wenn die Aufforderung zur Muthung unter der Androhung der Strafe der Felonie erfolgt ſei.

„die gleiche Gewähr“ oder die gesammte Hand gebrochen, und der Theil eines Jeden, der ohne Lehnsdescendenz starb, fiel an den Lehnsherrn zurück. Später bildete sich dies Institut im Sachsenrechte aber dahin weiter aus, daß, wofern die gesammte Hand vorbehalten war, der Lehnsherr auch gehalten war, im Falle einer Theilung dem einen Theilenden an dem Theile des Andern eine Belehnung zu gewähren, so daß Jener mit dem Wegfallen des Letztern und dessen Descendenz in dessen Antheil

---

J. Rave de simult. invest. in terris Brunsv. Lüneb. (Hagemann l. c.) giebt freilich zu, daß viele Andre an die unterlassene Muthung den Verlust der Lehnssuccession nicht knüpfen, und daß für diese Ansicht auch mehre Erkenntnisse vorhanden seien, er selbst ist aber andrer Ansicht, weil im Braunschw.-Lüneb. das Longobardische Lehnrecht an die Stelle des Sachsen- und gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts getreten sei, und nach beiden der Zweck der simultanea investitura Erhaltung des Lehns gewesen sei, diese Rechte indeß in subsidium entscheidend sein müßten.

Letzteres kann man vom Sachsenrechte nicht sagen, da dies bei einmal eingeführtem Longobardischen Lehnrechte keine subsidiare Rechtsquelle sein kann; hinsichtlich des gemeinen Rechts ist es freilich anders, allein ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht mit der behaupteten Bedeutung muß bezweifelt werden, und ist keinenfalls von Rave nachgewiesen.

Rencke de feud. Brunsv. (Hagemann l. c.) sagt cap. II.:

jure communi in novo feudo jure successionis, in antiquo ex pacto et providentia majorum, jure Brunsvicensi, jure simultaneae investiturae.

G. L. Böhmer jus feud. §. 165 sagt von den Braunschweig-Lüneburgschen und den Nachbarlanden:

agnati in feudo non succedunt, nisi in investitura comprehensi, er macht aber den sonderbaren Zusatz: et cum jus succedendi divisione feudi secundum jus commune non tollatur, id quoque coinvestitis salvum et post feudi divisionem, nec ad illud conservandum speciali investitura opus est, cum investituram simultaneam a Seniore renovari sufficiat.

Hagemann in den pr. Erört. Bd. 7 S. 341 endlich verfällt in offenbaren Widerspruch, wenn er für die Braunschw.-Lüneburgschen Lande die Simultan-Investitur für einen Grund der Succession ins Lehn nach dem Geblütsrechte erklärt, gleichwohl sechs Gründe anführt, bei deren Vorhandensein die Ausschließung nicht erkannt werden dürfe, unter diesen sogar den Nichtablauf der Verjährungszeit.

succedirte. In dieser Gesammtbelehnung findet man das Vorhandensein der nach wie vor bestehenden Bedingung eines gemeinschaftlichen Besitzes und die Verleihung eines gegenwärtigen Rechts, dessen Ausübung suspendirt ist, und man knüpft an diese Belehnung den Erwerb des Rechts mit einer solchen Entschiedenheit, daß man dem in die spätere Belehnung Aufgenommenen ein Successionsrecht zugesteht, selbst wenn er nicht vom ersten Erwerber abstammte, während man selbstfolgend denjenigen Agnaten, der die Erneuerung der Belehnung mit dem in der Hand eines Mitbelehnten befindlichen Theile des Lehns versäumt, unbedingt seines Successionsrechts für verlustig erklärt. Dieser Satz ist auch durch Churſächsische Constitutionen mit solcher Consequenz durchgeführt, daß selbst ein Lehnspardon in Beziehung auf die Zwischenzeit nur ex nunc wirkt.

Mit der im hiesigen Lande dagegen erforderten Muthung durch die nicht besitzenden Vasallen verbindet nicht allein kein Gesetz, noch ein desfallsiger gerichtskundiger Gebrauch bei den Lehnscurien jenen Erfolg, sondern es läßt sich derselbe auch nicht aus andern Gründen damit in die nöthige Verbindung bringen. Nach sächsischem Lehnrechte war die Muthung unerläßlich, um die Nachtheile der Theilung von den Betheiligten abzuwenden, diesen Zweck kann die Muthung bei den hannoverschen Lehnen nicht haben, weil weder das bei uns geltende longobardische Lehnrecht, noch das subsidiaire gemeine Recht jene Nachtheile mit einer Theilung des Lehns verbindet. Der bloße Umstand, daß die Muthung der nichtbesitzenden Agnaten, wie sie bei uns vorkommt, in ihrer äußern Erscheinung der im sächsischen Lehnrechte für die Succession in das Lehn unerläßlichen Lehnserneuerung gleich ist, rechtfertigt allein den Schluß nicht, daß die mit dieser vermachte Wirkung und Bedeutung auch auf jene zutrifft, zumal im Allgemeinen das Lehnfolgerecht bei uns sich nicht auf diejenigen Gründe zurückführen läßt, aus welchen im Sachsenrecht sich die fragliche Erscheinung herausgebildet hat. Das Requisit der Muthung der nichtbesitzenden Agnaten mag immerhin den Bestimmungen des sächsischen Rechts nachgebildet sein, daraus folgt aber noch nicht, daß die Folgen des Unterbleibens der Muthung dieselben sind, eben weil die Nothwendigkeit derselben nach Sachsenrecht weit dringender war. Es bleibt sonach

nichts übrig, als dabei stehen zu bleiben, daß, da zu der Vorschrift des an sich bei uns gültigen longobardischen Lehnrechts über Muthung des Lehnsbesitzers, unser particulaires Recht noch das Requisit der Muthung durch die nichtbesitzenden Agnaten hinzufügt, die Nichtbeobachtung dieses Requisits höchstens nur diejenigen Nachtheile nach sich ziehen kann, welche das longobardische Lehnrecht für den besitzenden Vasallen mit der Unterlassung der Lehnspflicht verbindet, daß also auch nur da, wo in diesem Falle die Unterlassung der Muthung den Verlust des Rechts an dem Lehne oder auf dasselbe vorschreibt, letzterer in jenem Falle eintreten kann. Nach longobardischem oder gemeinem Lehnrechte tritt nun aber ein solcher Verlust, der Regel nach, nur wegen vorsätzlicher Verletzung der Lehnspflichten und zwar nicht pure sondern erst durch richterlichen Spruch ein. Eine schlimmere Folge wird man daher auch nicht mit der unterlassenen Muthung durch einen nichtbesitzenden Vasallen für diesen bei uns verbinden können. Immerhin mag durch unsere Sammtbelehnung noch ein Nebenvortheil erreicht werden, nämlich der, daß Gewißheit über die Berechtigten erhalten werde, allein es würde nach dem Obigen zu gewagt sein, wollte man davon, gleichwie nach deutschem Rechte und dem späteren sächsischen Lehnrechte, das eigentliche Successionsrecht abhängig machen; hiemit würden sich auch die litterae salvatoriae, welche nach eingetretenem Versäumniß ja bei uns noch üblich sind, schwerlich in Einklang bringen lassen.

Aus dem vorstehenden Gesichtspunkte hat nun auch der erste Senat des K. O.-A.-Gerichts vor Kurzem, in Sachen Quentin c. Quentin eine entgegenstehende Entscheidung der vormaligen Justizcanzlei zu Göttingen wieder aufgehoben. Der Wortlaut des einschlagenden reformatorii vom 9. Febr. d. J. ist folgender:

Demnach, soviel die erste Beschwerde anbelangt, zwar in den älteren Provinzen des Königreichs die Gesammtbelehnung aller, auch der nichtbesitzenden lehnsfähigen Descendenten des ersten Erwerbers allgemein gebräuchlich ist, auch den bestimmten Vorschriften des landesherrlichen Lehnshofes, also dem jus curiae entspricht; da jedoch daraus nicht von selbst folgt, daß diese Gesammtbelehnung auf denselben Grundsätzen, wie die im Sach-

senrechte begründete, beruhet, nachdem das Sachsenrecht in den gedachten Landestheilen durch die recipirten fremden Rechte und durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift außer Anwendung gesetzt worden, auch die wesentliche Grundlage der Gesammtbelehnung des Sachsenrechtes hier nicht eintritt, weil weder durch eine Natural- noch durch eine Civiltheilung nach hiesigen Rechten die gesammte Hand gebrochen wird; hiernach also die Wirkungen einer Versäumniß der Lehnsmuthung nicht nach den Grundsätzen des Sachsenrechts, sondern nach denen des gemeinen Lehnrechts, nach welchem nur die vorsätzliche Versäumung der Muthung den, auch erst durch gerichtliches Erkenntniß eintretenden Verlust zur Folge hat, zu beurtheilen sind, soweit nicht ein abweichendes territoriales Gewohnheitsrecht, oder ein abweichendes jus curiae anzunehmen steht; nun aber das erstere weder durch die Bezugnahme auf Aussprüche von Rechtsschriftstellern, noch auf die von diesen angezogenen Erkenntnisse, zumal auch abweichend entschieden worden, bewiesen wird, und die Anführungen der Appellatin nicht geeignet sind, die Nachlassung eines Beweises zu begründen, ein besonderes jus curiae aber von derselben nicht einst behauptet ist; so wird dieser Beschwerde Statt gegeben ꝛc.

v. Düring.

3.

Entscheidung des O.-A.-Gerichts über die Fragen:

1. Findet das römische Pflichttheilsrecht nur bei eigentlichen Colonatgütern, oder auch bei gutsherrnfreien Bauergütern keine Anwendung?
2. Ist der Interimswirth ohne voraufgegangene Verabredung, zur Bestellung einer Caution verpflichtet?
3. Ist die Rückforderung des in einen Hof eingebrachten Brautschatzes auch hinsichtlich solcher Bauergüter ausgeschlossen, welche in keinem gutsherrlichen Verbande stehen?

Der Kothsaß Plumeyer zu Othfresen, Amts Liebenburg, zeugte in erster Ehe mit Wilhelmine Frehe eine Tochter, Ju-

Juſtine P. und ſchritt ſodann nach dem Tode ſeiner vorgedachten Ehefrau zu einer zweiten Ehe mit der unverehelichten Denks. In der mit letzterer unterm 7. Juli 1836 vor dem Amte Liebenburg errichteten Eheſtiftung war hinſichtlich des Erbfalls die Beſtimmung getroffen, daß zwar, wofern Kinder bei dem Tode eines Ehegatten am Leben ſeien, die geſetzliche Erbfolge eintrete, daß es jedoch der Wittwe überlaſſen bleibe, die Wirthſchaft auf dem Hofe ihres verſtorbenen Ehemannes, ſo lange es ihr beliebe, auf eigene Rechnung fortzuſetzen. — Nach dem Tode des Plumeyer verheirathete ſich die überlebende Wittwe mit dem Dienſtknecht Meyer und errichtete mit dieſem unterm 5. Decbr. 1839 vor dem Amte Liebenburg eine Eheſtiftung, in welcher der anheirathende Ehemann zugleich zum Interimswirth über den von dem verſtorbenen Plumeyer herrührenden gutsherrnfreien Bauerhof beſtellt wurde.

Die in dieſem Vertrage getroffenen Beſtimmungen wurden ſowohl von dem Vormunde der minderjährigen Juſtine Plumeyer, als auch dem Amte Liebenburg — als der zuſtändigen obervormundſchaftlichen Behörde — genehmigt bez. gerichtlich beſtätigt. Bei ſpäter eingetretener Volljährlichkeit glaubte ſich die Juſtine Plumeyer durch die erwähnte Eheſtiftung vom 7. Juli 1836 in dem ihr gebührenden Pflichttheile verletzt, und klagte demgemäß wider ihre Stiefmutter, indem ſie zugleich um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen den Abſchluß des Vertrages vom 5. December nachſuchte,

1. auf Auskehrung des Pflichttheils, unter Aufhebung der väterlichen Dispoſitionen, wonach die Beklagte den väterlichen Hof, ſo lange es ihr beliebe, für eigene Rechnung verwalten könne;
2. auf Sicherheitsleiſtung für die demnächſtige Ausantwortung deſſen, was ihr außer dem Pflichttheile, nach Beendigung des beklagtiſchen Nießbrauches, ſpäter noch zufallen werde, und
3. auf Herausgabe der Hälfte von gewiſſen 500 ℛ, welche ihre verſtorbene Mutter laut Eheverabredung vom 21. Januar 1821 als Brautſchatz in die väterliche Hofſtelle eingebracht habe.

Nachdem der Klägerin dieſe Anſprüche theilweiſe vom

Amte Liebenburg, gänzlich dagegen von der Justiz-Canzlei in Hildesheim aberkannt waren, bestätigte das K. O.-A.-Gericht, an welches sich die Klägerin mit der Appellation gewandt hatte, die obige Abweisung der Klägerin unterm 10. December 1852 durch folgenden Bescheid:

„Da in Fällen der vorliegenden Art das römische Noth-erben- und Pflichttheils-Recht auch bei solchen Bauergütern, welche keinen Gutsherrn haben, nicht zur Anwendung gebracht werden kann und damit hinsichtlich der jetzt erhobenen Klage zugleich das angebrachte Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinwegfällt, durch die Ehestiftung vom 5. Dec. 1839 aber eine auch bei freien Bauergütern vollkommen anwendbare und sehr gewöhnliche Interimswirthschaft auf dem in Rede stehenden Hofe angeordnet worden, diese Ehestiftung auch für formell rechtsbeständig zu achten ist, indem der damalige Vormund der Appellantin seine Zustimmung zu derselben und den darin enthaltenen Bestimmungen ertheilt hat und die Genehmigung und Bestätigung von Seiten des zuständigen obervormundschaftlichen Gerichts gleichfalls erfolgt ist, bei welchem letzteren eine gehörige Untersuchung des Sachverhältnisses (causae cognitio) vorausgesetzt werden muß; das deutsch-rechtliche Institut der Interimswirthschaft aber, seinem Wesen und Zwecke nach, eine auf den Vorschriften des römischen Rechts beruhende Klage auf Auskehrung des Pflichttheils von selbst ausschließt, mithin der dahin gerichtete Klageanspruch der Appellantin als ungegründet sich darstellt;

ferner die zweite, die verlangte Cautionsleistung betreffende Beschwerde sich mit der ersten gleichfalls erledigt, da abgesehen davon, daß der Interimswirth als solcher ohne besondere Verabredung nicht zu einer Sicherheitsbestellung verbunden ist, ein Anspruch darauf jedenfalls nicht gegen die nicht als Besitzerin des Hofes zu betrachtende Beklagte und Appellantin gerichtet werden kann;

endlich die dritte Beschwerde gleichfalls unerheblich ist, weil nach den bei deutschen Bauergütern, und namentlich auch im Fürstenthum Hildesheim geltenden Grundsätzen und Gewohnheiten der Brautschatz nicht dem Ehemann, sondern dem Hofe eingebracht, dadurch der Hof verbessert und mit Rück-

ſicht auf dieſe Verbeſſerung der Altentheil und die Ablobungen beſtimmt werden, damit aber ein Recht auf Zurückforderung des Eingebrachten unvereinbar iſt und dieſer Grundſatz eben ſowohl bei freien Bauergütern, wie bei ſolchen, welche in einem gutsherrlichen Verbande ſtehen, zur Geltung kommen muß, da der Zweck, die Erhaltung des Hofes in ſeinem Beſtande, neben der Fürſorge für den angemeſſenen Unterhalt der abgehenden Wirthe bei jenen, wie bei dieſen, gleichmäßig eintritt;

ſo kann dem angebrachten Geſuche nicht Statt gegeben werden und hat die Appellantin die durch ihre Appellation erwachſenen Koſten zu tragen."

Ad. Dröge, Gerichts-Aſſeſſor zu Goslar.

4.

Das in der Stadt Hildesheim geltende ſtatutariſche Erbrecht der überlebenden Ehefrau wird durch eine vom Ehemann vorgenommene Arrogation nicht alterirt.

Die Eheleute Bahr lebten in der in Hildesheim geltenden ehelichen Gütergemeinſchaft; der Ehemann arrogirte mit Genehmigung ſeiner Ehefrau 1837 die Johanne Detlof; ſtarb aber vor ſeiner Ehefrau, die über das geſammte Vermögen zu Gunſten einer unverehelichten Deike disponirte. Nach dem kinderloſen Ableben der Ehefrau Bahr im Jahre 1850 begehrte das arrogirte Kind, die Detlof, als geſetzliche Erbin von der beklagten Beſitzerin Deike die Herausgabe des geſammten Bahr'ſchen Vermögens, wurde indeß vom großen Senate des Hildesheimer Obergerichts mit ihrer Klage am 24. Decbr. 1852 aus folgenden Gründen abgewieſen:

1. „Die Klaganſprüche beruhen auf dem Erbrechte, welches Klägerin daraus herleitet, daß, im Jahre 1837, der weiland Packmeiſter Bahr hieſelbſt ſie an Kindes Statt angenommen und hierzu deſſen, nach ihm verſtorbene Ehefrau ihre Zuſtimmung ertheilt hat.
2. Durch die Annahme an Kindes Statt von Seiten des ꝛc. Bahr, welcher damals mit ſeiner Ehefrau in der hieſigen ſtatutariſchen Gütergemeinſchaft lebte, ſind die Rechte, welche bei kinderloſer Ehe auf den To-

desfall ihres Ehemannes, vermöge der Gütergemeinschaft ihr zustanden, an und für sich weder aufgehoben, noch beschränkt, und folglich ging mit dem Tode des ꝛc. Bahr das gütergemeinschaftliche Vermögen zur vollen Disposition unter Lebenden, wie auf den Todesfall auf dessen, ihn überlebende Ehefrau über.

3. In dieser vollen und freien Disposition ist dieselbe aber auch in keiner Beziehung durch die Zustimmung beschränkt worden, welche sie zu der gedachten Annahme an Kindes Statt von Seiten ihres Ehemannes gegeben hat; denn diese bloße Zustimmung genügt nicht, die Klägerin als von der Ehefrau Bahr an Kindes Statt mitangenommen zu betrachten, oder einen, nicht einst behaupteten, stillschweigenden Vertrag anzunehmen, wodurch sie zu Gunsten der Klägerin auf ihre gütergemeinschaftlichen Rechte beim Vorversterben ihres Ehemannes verzichtet hätte. Demnach würden die von der Klägerin geltend gemachten Rechte ihr nur dann zustehen, wenn der mehrgenannte Bahr seine Ehefrau überlebt hätte. Dieser Fall ist aber nicht eingetreten.

In diesen Erwägungen hat, wie gesprochen, erkannt und verurtheilt werden müssen."

Diese Entscheidung wurde zwar durch Klägerin angefochten, indeß ohne Erfolg, indem der dritte Senat des O.-A.-G. ihre Berufung, über die am 7. März 1853 verhandelt wurde, mittelst des am 11. ejusd. verkündigten Erkenntnisses im Wesentlichen aus den vom Hildesheimer Obergericht gegebenen Gründen verwarf. —

Dr. Pelizäus zu Hildesheim.

5.

Ueber das Erforderniß der Liquidität der Einrede der Compensation im ordentlichen Processe.

Es darf die Streitfrage, ob im ordentlichen Processe bei einer liquiden Klagforderung eine zwar übrigens genugsam substantürte, jedoch illiquide Einrede der Compensation zur Zeit

der Litiscontestation allemal mit dem Erfolge entgegengestellt werden könne, daß sie in demselben Verfahren zum Beweise verstellt werden müsse? — als bekannt vorausgesetzt werden. Unter den ältern Rechtslehrern verdient Donellus als Vorkämpfer für die unbedingt bejahende Beantwortung der Frage bezeichnet zu werden, während Cujacius als der Hauptgegner dieser Ansicht sich darstellt.

In der Praxis der Gerichte scheint der Erstere den Sieg davon getragen zu haben, bis in neuerer Zeit, durch einzelne Aussprüche der Spruchcollegien, die Theoretiker jene Praxis mindestens insoweit wieder zu durchbrechen gewußt haben, als auf Grund der bekannten l. 14 Cod. de compens. 4. 31. in denjenigen Fällen, wo einer liquiden Klagforderung Gegenforderungen entgegengesetzt sind, die einen weitaussehenden Beweis erfordern, hin und wieder auch im ordentlichen Processe die Verweisung jener Einrede ad separatum ausgesprochen wurde.

Dies machte dann wiederum die Anhänger der Ansicht des Donellus rührig, und wir finden im ersten Drittheil dieses Jahrhunderts in den verschiedenen Compendien, Monographien und Zeitschriften in großer Anzahl Ausführungen, daß und warum in unserm ordentlichen Processe die zeitig vorgeschützte Einrede der Compensation niemals wegen bloßer Illiquidität zum besondern Verfahren zu verweisen sei. Bald suchte man die Vorschrift der l. 14 cit. als von Anfang an für Verhältnisse gegeben, die man jetzt nicht mehr anerkenne, in ihrer heutigen Anwendung zu bestreiten*), bald glaubte man, daß nothwendig der abweichende deutsche Proceß, namentlich die Bestimmung der Eventualmaxime, so wie die Unterscheidung zwischen summarischem und ordentlichem Processe jene offenbar nur dem römischen Processe angehörige Vorschrift ohne Weiteres be-

*) Reh, im Archiv Bd. II. p. 214 läßt jenes Gesetz lediglich von dem Fall sprechen, wo die exceptio comp. bei einem stricti juris negotio vor dem Prätor nicht vorgetragen, sondern vor dem judex pedaneus nachgetragen werden sollte; andre bringen die, in dem Gesetze dem Richter gestattete, willkürliche Zurückweisung mit der später beseitigten Vorschrift in Verbindung, danach jeder Rechtsstreit nur eine bestimmte Zeitfrist währen, und innerhalb derselben vom Richter beendigt sein sollte.

seitigt habe, da das römische Recht in Beziehung auf Proceßnormen nur als Hülfsrecht zu betrachten sei (vergl. Glück XV. p. 77, Thibaut, Gensler, Wening, Ingenheim, Krug u. a. m.)

Diese Ausführungen haben nun aber in neuerer Zeit vielfache Gegenausführungen herbeigeführt, in denen das Unzutreffende der vorstehenden Gründe, mit vielem Geschicke darzuthun versucht ist (Hasse im Civ. Archiv Bd. 7 p. 145, Bethmann-Hollweg); und man thut gewiß nicht zu viel, wenn man behauptet, daß unter den Rechtslehrern die meisten in der Neuzeit sich dahin aussprachen, wie es noch immer Rechtens sei, daß unter Umständen eine zeitig vorgeschützte Einrede der Compensation, wofern ihr Beweis nicht einfach, einer liquiden Klagforderung gegenüber auch im ordentlichen Processe ad separatum zu verweisen sei (vergl. Wangerow. Pand. III. p. 355. Mühlenbruch Röm. R., Puchta.)

Nichtsdestoweniger darf man behaupten, daß die Praxis der Gerichte ziemlich constant auch noch in der neueren Zeit der Ansicht Donellus getreu geblieben ist, und sich durch die Ansicht der Theoretiker nicht hat irre machen lassen. Was diese Praxis bei den hannoverschen Gerichten anbetrifft, so ist zwar in den Abhandlungen unsrer Praktiker und den von ihnen mitgetheilten Präjudizien der höhern Gerichte der hier behandelten Controverse so gut wie gar nicht gedacht; allein bei der im täglichen Leben der Gerichte so häufig vorkommenden Entscheidung der vorliegenden Frage, die, nach unsrer Wahrnehmung, stets zu Gunsten der Donellschen Ansicht erfolgt ist, dürfte in obigem Umstande ehr ein Beweis anzutreffen sein, daß man die Frage in der Praxis kaum mehr für controvers gehalten habe.

Wo aber in so bestimmter Weise sich eine Praxis festgesetzt hat, welche mit so vielem Scheine, wie im vorliegenden Falle, sich mit den Gesetzen in Uebereinstimmung bringen läßt, da haben die Gerichte, wenn sie sich auch immerhin überzeugen, daß eine andere Auffassung vom theoretischen Standpunkte aus, den Vorzug verdiene, dann mindestens keine hinlängliche Veranlassung, jene Praxis zu verlassen, wenn letztere gleichzeitig durch innere Gründe der Zweckmäßigkeit sich ganz besonders empfiehlt. Nun läßt sich das gar nicht verkennen, daß auf der einen Seite bei unserem Processe, — wo jemand, der eine a priori

liquide Forderung hat, dieselbe im summarischen Processe vorbringen kann, wenn er in der raschen Einklagung dieser seiner Forderung durch weit aussehende Einreden der Compensation Seitens des Beklagten nicht gehemmt sein will, wo ferner auf Grund der Eventualmaxime von einer im spätern Verlaufe des Rechtsstreits vorzubringenden illiquiden Compensations-Einrede nicht wohl die Rede sein kann, — die Vorschrift der l. 14 cit. gar kein Bedürfniß mehr ist; daß aber auf der andern Seite allemal eine Bestimmung nicht zweckmäßig sein kann, danach dem Richter ohne feste Anhaltspunkte es überlassen ist, im ordentlichen Processe wegen weitläufiger Beweise die Einrede der Compensation in ein besonders Verfahren zu verweisen, und zwar zu einer Zeit, wo er im Grunde noch gar nicht übersehen kann, welchen Umfang das Beweisverfahren bekommen wird. Daneben ist auch zu berücksichtigen, daß bei einer solchen Befugniß der Beklagte, dem wider eine, a priori noch nicht liquide Klag-Forderung eine gleichfalls illiquide Einrede der Compensation zusteht, sich allemal hüten wird, die Klag-Forderung einzuräumen, um seiner Einrede der Compensation mindestens für dieses Verfahren nicht verlustig zu werden; es würde also die Unsicherheit, ob der Beklagte mit seiner illiquiden Einrede der Compensation in dem nämlichen Verfahren noch zu hören sei, nothwendig zur Vermehrung der Beweisführungen auf Seiten der Kläger führen, ein Resultat, was sicher nicht zu befördern ist. Empfehlen also die Rücksichten der Zweckmäßigkeit es dringend, daß in dem ordentlichen Verfahren, dessen Aufgabe es nicht ist, bloß vorläufig dem einen Theile zu seinem Rechte zu verhelfen, weil er den Vorzug hat, seine Rechte durch sichernde Formen offen gelegt zu haben, sondern wo es sich darum handelt, definitiv die Rechte beider Theile zu einander festzustellen, die Einrede der Compensation gerade so wie jede andre Einrede zuzulassen, ohne Unterschied, ob sie liquide sei oder nicht, so thun die Gerichte wohl, wenn sie eine hierauf seit langen Jahren und constant gerichtete Praxis in Schutz nehmen gegen abweichende neuere Theorien, die immerhin die richtige Auslegung außer Gebrauch gekommener Gesetze für sich haben mögen, und deshalb begreiflicher Weise und mit Recht bei den bloßen Rechtsgelehrten ihre Beschützer und Begünstiger finden.

Diese Gesichtspunkte waren auch bei der Entscheidung des K. O.-A.-Gerichts vom 20. Jan. d. J. in Sachen Ehlermann u. Kuhlmann gegen Helmerich maßgebend.

Letzterer klagte wider Jene aus einem Contocourant über Kornlieferungen auf Auszahlung eines Saldo von mehrern 1000 ℛ. In der Vernehmlassung gestanden die Beklagten die Forderung zu, behaupteten aber, aus einem andern Geschäfte zu einem Entschädigungsanspruche wider den Kläger berechtigt zu sein. Letzteres leugnete Kläger, glaubte aber daneben, daß nachdem nunmehr seine Forderung liquide geworden sei, rücksichtlich der Einrede der Compensation wegen ihrer Illiquidität und wegen der offenbaren Langwierigkeit des desfallsigen Beweis-Verfahrens eine Verweisung ad separatum erfolgen müsse.

Die Justiz-Canzlei in Hannover ging auch auf diesen Einwand ein, condemnirte die Beklagten zur Zahlung der Klagforderung und verwies sie mit ihrer Einrede der Compensation ad separatum und zwar ea ratione: „weil es der in l. 14 §. 1 Cod. de compens enthaltenen Vorschrift widerstreiten würde, bei vorhandener Klarheit der klägerischen Forderung wegen einer illiquiden Gegenforderung, deren Feststellung jedenfalls mit bedeutenden Weiterungen verbunden sei, die Entscheidung über die Klage zu suspendiren.“ Auf desfallsige Beschwerde der Beklagten erkannte jedoch das O.-A.-G. im ersten Civ.-Senate am 20. Jan. 1853 reformatorisch wie folgt:

„da nach richtiger, durch eine constante Praxis der großen Mehrzahl der Gerichte unsers Landes bestätigten Ansicht, der Vorschrift der l. 14 Cod. de compens. als nur auf das römische Proceßverfahren Bezug habend und mit diesem im Zusammenhange stehend, auf unser heutiges processualisches Verfahren Anwendung nicht zu geben ist, und daher eine Beschwerde des Appellanten darüber, daß nicht über das Materielle der Gegenforderung entschieden — als erheblich sich darstellt, u. s. w.“

v. Düring.

6.

Zum Verbrechen der Amtsehrenbeleidigung; (Crim.-Gesetzbuch Art. 143) **der Nöthigung** (Crim.-Gesetzbuch Art. 247.) **Begrenzung der Nichtigkeitsbeschwerde** (Crim.-Proc.-Gesetz vom 8. Sept. 1840 §. 40. Nr. 2 und 6.)

a.

Urtheilsgründe zu dem von der Göttinger Juristenfacultät eingeholten, bestätigenden Urtheile der weitern Vertheidigungsinstanz in Untersuchungssachen gegen den Advocaten F. W. zu Hildesheim wegen Beleidigung der Amtsehre.

Der Advocat F. W. ist durch das (ihm am 3. Juni 1852 eröffnete) Urtheil der Justizcanzlei zu Hildesheim der Beleidigung der Amtsehre schuldig erkannt und nach Art, 143, 144 des Crim.-Gesetzbuchs zur Strafe des Staatsgefängnisses auf die Dauer von 3 Monaten verurtheilt worden.

In der am 27. April 1851 zu Hildesheim abgehaltenen Volksversammlung hat der Angeschuldigte eine Rede gehalten, in welcher zufolge des in der Hildesheimer Allgemeinen Zeitung, 1851 Nr. 105, 107 abgedruckten „stenographischen Berichts" die folgenden auf die verzögerte Ausführung der s. g. Organisationsgesetze bezüglichen Auslassungen über das K. Gesammtministerium vorgekommen sein sollen:

„Eine neue Regierung ist an ihre (der vorigen) Stelle
„getreten und deren heiligste Verpflichtung war es, das
„Wort ihrer Vorgänger einzulösen. Aber was hat diese
„Regierung gethan? Sie hat nur das schlechte Beispiel
„der Zögerungspolitik ihrer Vorgänger nachgeahmt, ja
„sie hat es noch schlimmer gemacht, sie hat jene Gesetz-
„vorschläge zum Theil zurückgenommen, um andre schlech-
„tere vorzulegen und um wieder vielleicht durch
„alle möglichen verderblichen und verächtli-
„chen Mittel von der Volksvertretung die Genehmigung
„dieser neuen Einrichtungen zu erlangen."

und sodann gegen das Ende:

„Ein kräftiges Mittel ist gewiß, daß diese zahlreiche Ver-

sammlung von Tausenden aus der Stadt und vom Lande hier vor Gottes Angesichte der Regierung gegenüber Zeugniß ablegt, daß es ihre heiligste Verpflichtung ist, mit der verbesserten Landesorganisation schnell vorzuschreiten, daß die Versammlung der Regierung sage, daß sie beschworne Verpflichtungen mit Füßen trete, daß sie eines Königs Wort in Mißachtung bringe, denn der König hat diese Verbesserungen versprochen, wenn sie ihre bisherige Zögerungspolitik nicht aufgebe und muthig und eilig zum Werke der Verbesserung schreite."

In diesen Aeußerungen ist nun allerdings der Thatbestand der Beleidigung der Amtsehre zu befinden, — dies Vergehen in dem engern und richtigern Sinne verstanden, in welchem es der Art. 143 des C.-G.-B., im Zusammenhange mit der seit Webers (über Injurien und Schmähschriften Abth. III. S. 190 ꝛc. bz. S. 197) auf schärfere Begrenzung hinarbeitenden Doctrin, genommen hat. Wenn der bezeichnete Artikel denjenigen der Beleidigung der Amtsehre für schuldig erklärt, der „die Achtung, „welche der Würde des öffentlichen Amts selbst gebührt, durch „Beleidigung des dasselbe bekleidenden Beamten in herabwürdigen„den Worten und Handlungen absichtlich verletzt", — so hat sich das C.-G.-B. offenbar den in der neuern gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis festgehaltenen Gesichtspunkt angeeignet, wonach die Würde des Amts selbst, im Unterschiede von der aus der Bekleidung und getreuen Verwaltung desselben erwachsenden persönlichen Dienstehre des Beamten, das Object der Verletzung bildet, und der widerrechtliche Character der Handlung darin besteht, daß die in den Subjectionsverhältnissen des Unterthanen begründete Pflicht übertreten wird, das Amt als Organ der Regierungsgewalt zu respectiren und wegen dieses seines institutionellen, von der Verwaltungsweise des jeweiligen Amtsträgers ganz unabhängigen Wesens als achtungswürdiges zu behandeln.

Leonhardt in v. Bothmer's Erörterungen Bd. I. S. 239 ꝛc. Derselbe, Commentar über das C.-G.-B. Bd. II. S. 52 ꝛc.

Wenn es daher im zweiten Absatz des Art. 143 heißt: „Nur diejenige Ehrenkränkung eines öffentlichen Dieners gilt „für eine Beleidigung der Amtsehre, welche ihm entweder wäh-

„rend der Ausübung seines Amtes oder in Beziehung auf das„selbe zugefügt worden ist", — so darf der letztere allerdings sehr vage Ausdruck nicht als Wiederaufhebung der bestimmten Auffassung und präcisen Formulirung des Begriffs im ersten Absatze, sondern muß im Einklange mit dieser verstanden werden. Dies wird am einfachsten und natürlichsten dadurch geschehn, daß man annimmt, der erste Absatz wolle die Beleidigung der Amtsehre positiv und ihrem eigentlichen Inhalte nach, der zweite Absatz dagegen negativ, d. h. so bestimmen, daß das von derselben Ausgeschlossene, also keinenfalls in das Bereich der Amtsehrenbeleidigung zu ziehende, bezeichnet wird. Keine Ehrenkränkung also kann dahin gehören, welche nicht dem Beamten entweder während der Ausübung seines Amtes, oder in Beziehung auf dasselbe angethan wird; und was diesem negativen Erforderniß entspricht, sie muß auch positiv die Würde des Amts selbst herabsetzen. Diese Art, die beiden Absätze des Artikel 143 in Einklang zu bringen, wird durch ihre Wortfassung entschieden unterstützt, welche im zweiten Absatze („Nur diejenige Ehrenkränkung u. s. w."), die Absicht verkündet, mehr auszuschließen, als einzuschließen, im ersten Absatze aber zum Ausdruck der umgekehrten Absicht geeignet ist. Sie bürdet auch dem Gesetze nicht etwa den Fehler auf, etwas ganz Ueberflüssiges gesagt zu haben, indem durch die einschließende Fassung schon auf hinreichende Weise das Ausgeschlossene bezeichnet sei. Denn erst durch die Hinzufügung des negativen Satzes war der immerhin möglichen fehlsamen Auffassung des Satzes sicher vorzubeugen, als sei die Person des Beamten dergestalt von dem Amtscharacter durchzogen, daß jede ihr zugefügte Beleidigung auch die Institution herabwürdige — war die Unterscheidung von Amts- und Dienstehre praktisch gesichert.

Vergl. v. Bothmer, Erörterungen Bd. I. S. 164 Note.

Als objectives Erforderniß des Verbrechens steht demnach fest ein Handeln, welches

1. durch Beleidigung des öffentlichen Dieners,
2. die Achtung verletzt, welche der, von der persönlichen Dienstehre des Beamten wohl zu unterscheidenden objectiven Würde der Amtsinstitution gebührt.

Gleichwie demnach herabwürdigende Worte oder Handlungen,

welche nur gegen das Amt, ohne das Medium der Beleidigung des Amtsträgers gerichtet sind (z. B. bloßer Verspottung der Einrichtung als solcher, deren sich ja auch der Amtsträger selbst würde schuldig machen können), außerhalb des Begriffes stehen; so auch Beschimpfung und Kränkung, welche bloß die Amtsperson als solche trifft, ohne zugleich diejenige Achtungspflicht zu verletzen, welche der Unterthan dem Amte selbst, und abgesehen von der Dienstführung des jeweiligen Inhabers, schuldig ist. Hierin liegt einerseits, daß die verläumderische Behauptung einer verbrecherischen oder sonstigen zum öffentlichen Vertrauen unwerth machenden amtlichen Handlung, an sich niemals unter die Amtsehrenbeleidigung fällt, andererseits aber, daß die letztere dann eintritt, wenn Verhöhnungen, Verachtungsbezeugungen, beschimpfende Urtheile, über die Kraft Amtes getroffenen Anordnungen, oder Maßregeln einer Behörde, ergossen werden. Denn die in dem letzteren liegende Rechtsverletzung trifft nicht etwa bloß die aus der Bekleidung und redlichen Verwaltung des Amts erwachsende persönliche Dienstehre des Beamten, sondern es wird dadurch der von dem Handeln des jeweiligen Amtsträgers ganz unabhängigen Verpflichtung zuwidergehandelt, die objective Würde des Amts zu achten, mit welcher eine schon ihrer Form nach beschimpfende Begegnung nicht zusammenbesteht. Man kann wohl, ohne jene Würde irgend anzutasten, vielmehr in voller Anerkennung derselben, die schimpflichsten Handlungen des Amtsträgers behaupten, aber man kann sich nicht in beschimpfenden Urtheilen oder sonstigen Verachtungsbezeugungen über das amtliche Handeln einer Behörde ergehen, ohne zugleich die rechtlichen Bande der Achtung zu verletzen, mit welchen der Unterthan der als Amt organisirten Regierungsgewalt zugethan ist. Wird demnach das amtliche Handeln einer Behörde durch eine an sich schon und durch ihre Form noch beleidigende Behandlung herabgewürdigt, so ist an dem Thatbestande der Amtsehrenbeleidigung nicht zu zweifeln.

Hieran gemessen, erscheinen nun auch die oben erwähnten Auslassungen über das K. Gesammtministerium als Amtsehrenbeleidigungen. Denn

1. sowohl es eine an sich beschimpfende Behandlung ist, wenn durch ein angemaßtes Privaturtheil die Gesinnung oder

die Handlungsweise eines Andern als unmoralisch oder verächtlich bezeichnet, insbesondere der Andere als eine Person charakterisirt wird, welche „durch alle möglichen verderblichen und verächtlichen Mittel" einen gewissen Zweck zu erreichen suche, — so wahr ist Amtsehrenbeleidigung vorhanden, wenn auf solche Weise das amtliche Handeln einer Behörde beurtheilt wird.

2. Ganz dasselbe gilt von dem beschimpfenden Urtheile welches die Handlungsweise eines Andern als „unehrenhaft, beschworene Verpflichtungen mit Füßen tretend, des Königs Wort in Mißachtung bringend" characterisirt. Denn wenn auch die beiden letzten Prädicate an die oft sehr schmale Grenzlinie herantreten, welche das beschimpfende Urtheil von der Behauptung eines bestimmten durch historischen Beweis nachweisbaren pflichtwidrigen Verhaltens des Andern scheidet, so ist doch von dem ersteren Prädicate der Unehrenhaftigkeit gar nicht zu bezweifeln, daß es der Sphäre des beschimpfenden Urtheils angehört, und daher in dem gegebenen Falle nicht bloß die Ehre der betreffenden Personen, sondern auch die Pflichten der Achtung verletzt, welche der obersten Staatsbehörde kraft ihres institutionellen Characters gebührt. Es kann sich demnach nur noch darum handeln, ob dieser beleidigende Character etwa durch die hinzugefügte Bedingung zerstört werde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn einmal enthält jene Aeußerung, trotz der hinzugefügten Bedingung, die den Begriff der Injurie schon erfüllende Erklärung, daß die geschmähte Behörde zu der als unehrenhaft u. s. w. bezeichneten Handlungsweise wohl fähig sei. Und sodann lastete das beschimpfende Urtheil unbedingt, theils im Augenblicke seiner Aeußerung, theils auch noch so lange nachher auf dem Ministerium, als dasselbe die von dem Redner verlangte Handlungsweise aufzuschieben für gut fand.

Vergl. Werner über bedingte Injurien S. 68.
Feuerbach, peinliches Recht, herausgegeben von Mittermaier. §. 290 Note III. (14. Ausg.)

Daß diesen Aeußerungen auch der erforderliche rechtswidrige Vorsatz zu Grunde gelegen habe, kann nach den Umständen, unter welchen sie geschehen sind, nicht bezweifelt werden. Denn wie die vorliegenden Aeußerungen auf dem freien Entschlusse des Angeschuldigten beruhen, so muß auch das denselben

begleitende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sowohl im Allgemeinen, als in der besondern Beziehung auf die Verletzung der Amtsehre des Gesammtministeriums angenommen werden, da ein Grund der Ausschließung dieses Bewußtseins durchaus nicht abzusehen ist. Unzulässig erscheint insbesondere die Ablehnung des Dolus durch Berufung auf den bei der gehaltenen Rede festgehaltenen Zweck, das Ministerium durch Aeußerung der Volksüberzeugung zur Durchführung der Organisationsgesetze anzuspornen, und die dawider gerichteten Bestrebungen einer andern politischen Partei zu paralisiren. Denn einmal liegt hierin nur die Behauptung der an sich tadellosen Beschaffenheit des Endzweckes der Handlung, welche bekanntlich mit der Criminalität der dazu angeregten Mittel wohl zusammenbesteht, und weder bei Verbrechen überhaupt, noch bei Beleidigungen insbesondere den rechtswidrigen Vorsatz ausschließt.

Criminalgesetzbuch, Art. 41, alin. 2. Art. 264.

Sodann aber würde der in der Vertheidigung behauptete jedoch keineswegs zur Zerstörung des Dolus genügende Widerspruch zwischen jenem Zwecke und der Beleidigung des Ministeriums nur dann vorhanden sein, wenn angenommen werden müßte, daß nach der Meinung des Angeschuldigten die Erhaltung der Würde der beleidigten Behörde und die Durchführung der Organisationsgesetze auf untrennbare Weise verbunden gewesen seien. Eine solche Annahme ist aber nicht bloß durch die objectiv herabwürdigenden Aeußerungen, deren sich der Angeklagte gegen jene Behörde wirklich bedient hat, sondern auch durch den ganzen Zusammenhang der Rede ausgeschlossen, aus welchem, neben dem Willen, Volksmanifestationen für die Durchführung der Organisationsgesetze hervorzurufen, zugleich der damit wohl vereinbare Wille hervorgeht, das Verfahren des Ministeriums als ein verwerfliches zu bezeichnen.

Nachdem auf Grund dieser Entscheidung das Urtheil der Hildesheimer Justizcanzlei in Rechtskraft getreten war, nahm der Condemnat noch die Nichtigkeitsbeschwerde an das O.-A.-G. zur Hand, und suchte in der Rechtfertigung derselben, gestützt auf das

Crim.=Proc.=Gesetz vom 8. September 1840 §. 40 Nr. 1, 2, 6, 7 auszuführen

1. daß in erster Instanz das Stadtgericht zu Hildesheim nach der dermalen bestehenden Gerichtsverfassung für Vergehn, die nur mit 6wöchentlichem Gefängniß zu belegen, an sich zuständig gewesen, also nicht befugt gewesen sei, die Untersuchung zur Entscheidung an die Justizcanzlei abzugeben;
2. daß in den zur Untersuchung gezogenen Aeußerungen weder eine criminell strafbare Injurie enthalten, dieselbe auch als von ihm gemacht nicht erwiesen sei;
3. daß auf eine im Gesetze nicht angedrohte Strafe erkannt, oder doch das Maaß überschritten sei.

Der Criminalsenat des O.=A.=G. verwarf aber die Querel, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten und in eine Geldstrafe von 10 ₰ Cassenmünze wegen Mißbrauchs derselben, mittelst Bescheides vom 23. December 1852, in welchem die behaupteten Nichtigkeiten im Sinne des allegirten Criminalproceßgesetzes §. 40 Nr. 1, 2, 6 und 7 als offenbar unbegründet bezeichnet wurden; — namentlich was die behauptete Incompetenz des erkennenden Gerichts anlangt, „weil ausweislich des Straferkenntnisses eine höhere Strafe als eine sechswöchentliche Gefängnißstrafe erkannt, dann aber laut des §. 26 der Verfassungsurkunde für die Stadt Hildesheim vom 16. Januar 1845 die Zuständigkeit des dasigen Stadtgerichts zur Abgabe eines Straferkenntnisses ausgeschlossen sei." —

---

b.

Es darf hier mit einigen Worten auch noch einer andern gegen denselben Angeschuldigten anhängig gewesenen Untersuchungssache wegen Nöthigung und zwar einiger rechtlich nicht uninteressanter Fragen gedacht werden, die auf die in solcher an den Criminalsenat des O.=A.=G. zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde in rechtliche Erwägung zu ziehen waren. Der Angeschuldigte war des Verbrechens der Nöthigung von der, mit jener Sache besonders beauftragten vormaligen Justizcanzlei zu Hannover insofern schuldig verurtheilt, als er im

März 1848 durch Drohungen den Rücktritt der Hildesheimer Bürgermeister vom Dienste veranlaßt haben sollte. Gegen diese Verurtheilung war im December 1852 die Nichtigkeitsbeschwerde an den Criminalsenat verfolgt, wobei Defensor, unter beiläufiger Bezugnahme auf die Bestimmung des Crim.-Proc.-Gesetzes vom 8. September 1840 §. 40 Nr. 2 und 6, von der Ansicht ausging, daß das Verbrechen der Nöthigung namentlich nach den durch weitere Instruction ermittelten Defensionalmomenten nicht vorliege.

Bei der Erwägung der formellen Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, nachdem der Angeschuldigte schon bei dem erkennenden Gerichte von dem Rechtsmittel der weitern Vertheidigung Gebrauch gemacht hatte, war das Gericht in der Lage, auf die künstliche Rechtfertigung derselben durch den Defensor nicht weiter einzugehen zu brauchen, indem die vom Defensor übersehene Bestimmung des Gesetzes vom 12. Juni 1847 §. 6 a. E. die Zuständigkeit des Criminalsenats auch für Nichtigkeitsbeschwerden nach gebrauchter weiterer Vertheidigung erweiterte.

Bei der Prüfung der Causalia nullitatis war dagegen von rechtlichem Interesse, wieweit nach Anleitung der Gesetze die Untersuchung aus Anlaß der Nichtigsbeschwerde sich auf die Gerechtigkeit des Spruchs der frühern Instanzen zu erstrecken habe. Maßgebend als Nichtigkeitsgründe im Sinn des cit. §. 40 Nr. 2 und 6 konnten in dieser Beziehung nur erscheinen, 1. wenn eine nicht mit Criminalstrafe bedrohte Handlung als Verbrechen bestraft werde; oder 2. wenn es bei Annahme des Beweises an den gesetzlich erforderlichen Beweismitteln ganz oder in dem äußern Umfange, wie ihn die Möglichkeit eines Beweises nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift erfordert, gebrach. Zu Anhaltspuncten für solche Untersuchung mußten die frühern Erkenntnisse mit ihrer Begründung dienen, es konnte aber auch eine Vergleichung mit den Untersuchungsacten nicht umgangen werden, um danach festzustellen, einmal, daß die in das Erkenntniß aufgenommenen Merkmale des Verbrechens actengemäß sein, und daß, soweit es sich um den Beweis der denselben untergelegten Thatsachen handle, das absolut bestimmte gesetzliche Minimum von Beweisgründen nicht mangle. — Es war also einmal zu fragen, wie muß die incriminirte Handlung

beſchaffen ſein, um ſie als Criminalverbrechen zu characteriſiren; finden ſich die nöthigen Merkmale dafür in den Acten? Waren dieſe Merkmale indicirt, ſo konnte nur weiter gefragt werden, ob bei der Annahme ihrer juriſtiſchen Gewißheit ein Verſtoß gegen abſolute Beweisregeln z. B. gegen die Indicienverordnung den frühern Urtheilsverfaſſern Schuld zu geben war; die Unterſuchung mußte aber, ſo ſehr der Defenſor ſie auf dieſes Feld zu drängen verſucht hatte, durchaus abgeſchnitten ſein, ob das Ergebniß der Beweismittel fehlſam beurtheilt worden ſei, welche Prüfung §. 40 Nr. 6 a. a. O. ausdrücklich ausſchließt.

Als das dem Angeſchuldigten zur Laſt gelegte Verbrechen konnte — wenn man nicht etwa vergleichsweiſe auch den Thatbeſtand des Verbrechens der gewaltſamen Widerſetzlichkeit gegen Obrigkeit, oder aushülfsweiſe Amtsehrenbeleidigung heranziehen wollte, — wohl nur das der Nöthigung in Betracht kommen, wie es die beiden frühern Straferkenntniſſe angenommen hatten. Der Angeſchuldigte ſollte die beiden Hildesheimer Bürgermeiſter durch in Ausſicht geſtellte Verfolgungen des großen Haufens, falls ſie nicht abträten, zum Aufgeben ihrer Dienſtfunction veranlaßt haben. Dieſe Thatſachen waren in den Acten indicirt; es ſtützten die frühern Erkenntniſſe mit Recht die Merkmale des Verbrechens der Nöthigung darauf, indem der Angeſchuldigte offenbar ohne Recht dazu, und nicht minder im Bewußtſein der Rechtswidrigkeit zu jener Handlung genöthigt hatte; nur eines und gerade wohl das Hauptmerkmal des Verbrechens war in Zweifel zu ziehen, das Vorhandenſein von Drohungen. Konnte eine Einſchüchterung des zu Nöthigenden durch Vorhalten von Schreckbildern als Drohung aufgefaßt werden? Bei weniger genauer Premirung des Ausdrucks würde man das für zuläſſig halten, und das um ſo mehr, als derjenige, welcher z. B. durch Erfindung unwahrer Gefahren und durch Vorhalten derſelben, um auf die Phantaſie eines Andern ängſtigend einzuwirken, deſſen Handlung beſtimmt, gewiß höchſt unmoraliſch handelt, und bei einer Strafandrohung des Geſetzes ſich ſchwerlich über Ungerechtigkeit beklagen kann. Allein das Criminalgeſetz ſtempelt ſolche Einſchüchterungen nicht ganz allgemein, ſondern nur unter Umſtänden zum Verbrechen, ſo namentlich, wenn ſie die Ehre verletzen ſollen, zur Injurie; wenn ſie

Täuschung und dadurch Vermögensbeeinträchtigung des Andern bezwecken, zum Betrug. Um aus jenen Einschüchterungen das Verbrechen der gewaltsamen Widersetzlichkeit gegen Obrigkeit, der Nöthigung, der Erpressung, der Gewaltthätigkeit zu construiren, muß in jener moralischen Vergewaltigung eine eigentliche Drohung enthalten sein, es muß vom Drohenden zu erkennen gegeben sein, daß er Jemandem „Uebels zufügen wolle," wie Adelung definirt. — Es ist mindestens durchaus erforderlich, daß das in Aussicht gestellte Uebel vom Drohenden selbst einigermaßen abhängig sei, wenn auch die Drohung nicht lediglich in dem „Uebels zufügen wollen" zu bestehen braucht, vielmehr auch schon in Aussicht gestellte Unterlassung der Abwendung des Uebels, namentlich wenn diese Unterlassung eine Pflichtverletzung involviren würde, dazu genügt. Im concreten Falle konnte nun von einer positiven Drohung gar nicht die Rede sein, der Angeschuldigte war weit entfernt gewesen, eigne Gewaltthätigkeiten in Aussicht zu stellen; auch hatte das angefochtene Straferkenntniß nur die Absicht desselben für unzweifelhaft angenommen, mit Unterlassung der Abwendung der Gewaltthätigkeiten seinerseits zu drohen, und dies ihm, der sich seines Gewichts zur Abwendung dieser Gewaltthätigkeiten wohl bewußt gewesen, als strafbare Nöthigung beigemessen. — Ob in Wirklichkeit der Angeschuldigte den Einfluß gehabt habe, eintretenden Falls die Gewaltthätigkeiten des Hildesheimer großen Haufens zu hindern oder doch zu mindern, ob er sich dessen bewußt gewesen, ob er die Absicht gehabt habe, im Voraus den geängstigten Magistratspersonen jede Aussicht auf seinen Einfluß zu benehmen, wenn er ihnen auch nur eröffnen ließ, daß er sie nicht schützen könne — durfte, da es vom erkennenden Gerichte nach den Acten als erwiesen angenommen war, nicht zum Gegenstande der Prüfung in der Instanz der Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden; wohl aber erschien die Prüfung am Orte, ob die in Aussicht gestellte Unterlassung eine Pflichtverletzung und damit eine strafbare Drohung enthalten haben würde. Für diese Annahme war im angefochtenen Erkenntnisse der Umstand geltend gemacht, daß der Angeschuldigte die Aufregung der Hildesheimer Bevölkerung gegen die Bedrohten vorzugsweise geweckt habe, daß er die üblen Folgen derselben möglichst ab-

zuwenden nun auch verpflichtet gewesen sein würde; den Acten nach erschien es indeß unbedenklich, diese Pflicht besonders daraus abzuleiten, daß der Angeschuldigte als Oberführer der Bürgerwehr schon nach deren Zwecke gegen öffentliche Gewaltthätigkeiten einzuschreiten die dringendste Veranlassung und Verpflichtung haben mußte, die Verweigerung solchen Einschreitens daher eine Pflichtverletzung enthielt; — und bestimmte dieser rechtliche Gesichtspunct das Gericht, auch in der Kundgebung einer beabsichtigten Unterlassung, wie sie im Strafurtheile als nöthigende Drohung dem Angeschuldigten zur Last gelegt war, das fragliche Merkmal des Verbrechens nicht zu vermissen.

Unter Zugrundelegung dieser rechtlichen Auffassung hat daher der Criminalsenat des O.-A.-G. mittelst Erkenntnisses vom 18. Januar 1853 die gegen die condemnatorischen resp. confirmatorischen Urtheile der vormaligen Justizcanzlei zu Hannover vom 11. August 1849 und 30. Juni 1852 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde beim Mangel eines Causale verworfen und Condemnaten sowohl als Defensor in die gesetzliche Mulct wegen Mißbrauchs der Querel genommen.

v. Klencke.

7.

Straferkenntniß mit falscher Bezeichnung des Strafmaaßes in Folge eines Schreibfehlers.

Der Schmiedegeselle Heinrich Brüning aus Remsede, vormaligen Amts Iburg, machte sich im Sommer 1852, während er im Dienste bei dem Schmied Vogelpohl zu Westendorf stand, dringend verdächtig, der Tochter seines Dienstherrn aus deren offenem Koffer 5 ℔ Gold entwendet zu haben. Zur Untersuchung gezogen, gestand Brüning den Diebstahl ein, und die vormalige K. Justizcanzlei zu Osnabrück verurtheilte ihn zu sechsmonatlicher Arbeitshausstrafe. In der Schreibstube der Justizcanzlei schlich sich jedoch bei der Ausfertigung des an das Amt Iburg gehenden Originals des Urtheils ein Schreibfehler ein, indem irrthümlich statt der erkannten sechsmonatlichen Arbeits-

hausstrafe eine dreimonatliche niedergeschrieben wurde. Mit diesem Fehler ging das Urtheil an das Amt Iburg ab, und wurde in dieser Gestalt dem Condemnaten publicirt, welcher sich demselben sofort unterwarf. Erst nachdem der Condemnat bereits in die Strafanstalt abgeführt war, wurde der Fehler im Erkenntnisse zufällig entdeckt, und nunmehr auf Verfügung der Justizcanzlei dem Condemnaten ein anderweitiges rectificirtes Erkenntniß publicirt. Während Brüning gegen dies neue Erkenntniß das Rechtsmittel der weitern Vertheidigung und der Nichtigkeit sofort zur Hand nahm, verfolgte sein Vertheidiger zunächst beim Ober-Appellationsgericht zu Celle die selbständige Nichtigkeitsbeschwerde, welche jedoch aus formellen Gründen wegen Versäumung der Interpositionsfrist rechtskräftig verworfen wurde. Die Acten kamen nunmehr an das Obergericht zu Osnabrück in der weitern Vertheidigungsinstanz, während der Condemnat nach Abbüßung einer dreimonatlichen Strafzeit bereits aus der Strafanstalt wieder entlassen war. Der große Senat des Obergerichts entschied, daß,

„da einerseits ein an sich nichtiges, weil auf keinem Beschlusse des Gerichts beruhendes Erkenntniß durch den bloßen formellen Act der Publication zu einem rechtsbeständigen, das Gericht bindenden nicht werden könne, daher kein Grund erfindlich, warum das dem Condemnaten unterm 30. Aug. 1852 publicirte, dem Beschlusse des Gerichts conforme Erkenntniß nichtig erscheinen sollte, andrerseits das Strafmaaß den bestehenden Gesetzen entsprechend sei," —

das dem Condemnaten am 30. August 1852 publicirte, auf 6 Monate Arbeitshaus lautende Erkenntniß erster Instanz lediglich zu bestätigen sei.

Das Justizministerium, welchem auf ausdrückliches Verlangen von der Staatsanwaltschaft des Obergerichts zu Osnabrück über den Ausgang der Sache berichtet war, nahm hierauf Veranlassung, dem Condemnaten den Rest seiner Strafzeit ex officio im Wege der Gnade zu erlassen.

Aud. Marcard zu Osnabrück.

8.

Polizeiliche Strafgesetz-Uebertretungen können auch bei Concurrenz mit Criminal-Verbrechen desselben Thäters nicht zur Beurtheilung der Criminal-Strafgerichte gelangen. (St.-P.-O. §. 2, 26, 120, 124.)

Der Böttchergeselle Friedrich Apel aus Steigerthal war verschiedener Betrügereien und eines Diebstahls beschuldigt, von welchen Vergehen indeß nur ein ausgezeichneter Betrug zweiter Classe mit Criminalstrafe, die übrigen mit Polizeistrafe zu belegen waren. Als nun auf Grund eines Verweisungsbeschlusses des Göttinger Obergerichts von der Ober-Staatsanwaltschaft die Acten zur Abgabe eines Verweisungsurtheils an das Schwurgericht der Anklagekammer (Criminalsenat) des O.-A.-G. vorgelegt waren und es in Frage kam, ob neben dem die Competenz des Schwurgerichts allein begründenden Vorwurfe des ausgezeichneten Betrugs auch die gleichzeitig dem Beschuldigten gemachten Vorwürfe polizeilichen Betrugs und Diebstahls zur schwurgerichtlichen Aburtheilung mit zu überweisen, ob sie als unerheblich einstweilen auszuscheiden, oder ob sie unbedingt vor das an sich competente Amtsgericht zu bringen sein, wurde von der Anklagekammer die Verweisung zum schwurgerichtlichen Verfahren rücksichtlich des Criminalverbrechens erkannt, wegen der concurrirenden Polizeivergehen der Beschuldigte indeß vor das competente Amtsgericht verwiesen mittelst folgender Entscheidung:

„In Erwägung, daß laut §. 2 der Straf-Proceß-Ordnung alle Polizei-Uebertretungen, mit Ausnahme der nach §. 9, lit. b. Nr. 2 ibid. und §. 9 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung den Schwurgerichten und beziehungsweise den Landgemeinden, Corporationen und Verbänden besonders zugewiesenen Uebertretungen, vor die Amtsgerichte gehören sollen, wogegen alle übrigen nicht polizeilichen Straffälle laut der §§. 5, 8 und 9 der St.-P.-O. den Obergerichten und zwar dergestalt zugewiesen sind, daß deren Aburtheilung in allen leichten Straffällen, d. h. solchen, für welche nach den Bestimmungen des Criminal-Gesetz-Buchs eine leichte Strafe verwirkt ist, vor der Strafkammer, und in schweren und in den

laut §. 9 lit. b. cit. dahin besonders verwiesenen Fällen, vor den Schwurgerichtshöfen erfolgen soll;"

„in Erwägung ferner, daß wenn gleich die im Abschnitte III. des ersten Buchs der St.=P.=O. enthaltenen, die Zuständigkeit der Gerichtsbehörden und Staatsanwaltschaft in Strafsachen betreffenden Bestimmungen theilweise sämmtliche Strafsachen mit Einschluß der zur polizeilichen Cognition gehörenden Fälle und deren gerichtliche Verfolgung bezielen, doch daraus und insbesondere aus den im §. 26 der St.=P.=O. enthaltenen Vorschriften um so weniger die Statthaftigkeit der Verweisung polizeilicher, als solche bereits erkennbarer Uebertretungen vor die Obergerichte selbst im Falle des subjectiven Zusammentreffens mit Criminal=Verbrechen abgeleitet werden kann, als eines Theils im §. 24 rücksichtlich der Polizeiübertretungen besondere, die Zuständigkeit der betreffenden Behörden regulirenden Bestimmungen gegeben worden sind und andern Theils der im §. 26 gebrauchte Ausdruck „leichte Straffälle" nur in der durch Abschnitt I. insbesondere durch die §§. 2 und 5 begründeten und auch ferner durch den ganzen Inhalt und die Stellung des von der Untersuchung und Bestrafung der Polizei=Uebertretungen vor den Amtsgerichten handelnden fünften Buchs der St.=P.=O. bestätigten, gegensätzlichen Bedeutung zu verstehen ist;"

„in Erwägung, daß folgeweise die in den §§. 120 und 124 der St.=P.=O. den Rathskammern und bezüglich der Anklagekammer gegebene Befugniß, unter Umständen die Aussetzung einer Untersuchung sowohl überhaupt, als auch insbesondere beim Zusammentreffen mehrerer Gesetzes=Uebertretungen in einer Person aus besondern Gründen hinsichtlich einzelner der untersuchten Straffälle zu verordnen, um so zweifelloser nur auf Criminal=Verbrechen zu beziehen ist, als im §. 120 in dieser Rücksicht ebenmäßig nur wieder von leichten und schweren Straffällen die Rede ist, und nur solche überhaupt im ordnungsmäßigen Wege an die genannten Kammern kommen sollen;"

„in Erwägung endlich, daß die gegen den Beschuldigten Apel mit zur Untersuchung gezogene, gegen die Kaufleute S. und S. im October 1851 verübte Betrügerei zum Betrage von nur 1 Thlr. 17 Sgr., so wie auch der gleichmäßig nach Maßgabe der Zeit seiner Begehung durch Rückfall nicht erschwerte,

gegen den Gastwirth S. begangene einfache Diebstahl zum Betrage von 8 Ggr. in Folge Art. 311 und 284 des Criminal-Gesetzbuchs nur polizeilicher Ahndung unterliegen würden,"

„wird, unter Verwerfung des auf Aussetzung des Verfahrens gerichteten Antrages des Ober-Staatsanwalts, die Sache bezüglich dieser letzterwähnten in voll. II. und III. untersuchten Strafgesetzes-Uebertretungen zu deren Aburtheilung an das Amtsgericht Hohnstein zu Neustadt u. H. verwiesen.*)

Celle, den 1. Februar 1853.

---

*) Nach spätern Anträgen der Ober-Staatsanwaltschaft zu urtheilen beharrt diese anscheinend bei der Ansicht, daß, wenn auch polizeiliche Delicte durch Concurrenz mit schweren Verbrechen nicht zur Competenz der Schwurgerichte gelangen können, doch die Anklagekammer resp. Rathskammer die Befugniß habe, die Aussetzung des Verfahrens wegen Polizeivergehen zu verfügen, und zwar mit Bezug auf die analog wenigstens zutreffenden §§. 120 und 124 der St.-P.-O. Allerdings liegt die Annahme nicht fern, der Gesetzgeber wolle weiteres Verfahren wegen geringfügiger Polizeivergehen noch eher suspendirt haben, als wegen peinlicher Vergehn, wenn sie bei der Strafe des schweren Verbrechens wenig in Betracht kommen.

IV.

Noch eine Bemerkung zum Verjährungs-Gesetze vom 22. September 1850.

Vom Herrn Amtsrichter Wedekind zu Lüneburg.

Nach dem großen Andrange von Zahlungsbefehlen kurz vor dem letzten December 1852 liegen jetzt viele Klagesachen so, daß der Widerspruch gegen solche Zahlungsbefehle zwar vor dem letzten December angemeldet, aber erst nach demselben behändigt worden ist. Wenn dann der Widerspruch sich auf eine Gegenforderung gründet, die ohne denselben mit dem letzten December v. J. unstreitig verjährt sein würde: so fragt sich

1. ob die Einrede der Compensation, und
2. ob, wenn die Gegenforderung höher, auch die wegen des Ueberschusses anzustellende Widerklage

durch den erhobenen Widerspruch erhalten bleiben.

Die Ansichten der Juristen weichen sehr hierüber ab, und es dürfte daher zeitgemäß sein, die obigen Fragen mehrseitig zu beleuchten.

Die strengste Ansicht geht dahin, daß nicht allein die Gegenforderung, sondern auch die eingeklagte Forderung verjährt seien. Denn da nach dem Gesetze über das Mahn-Verfahren vom 27. Juli 1852 §. 5 der Widerspruch nur die Einleitung des ordentlichen Proceß-Verfahrens zur Folge habe: so trete auch erst mit diesem die Litispendenz, folgeweise die Unterbrechung der Verjährung ein; die geschehene Extrahirung des Zahlungsbefehls sei bei erfolgtem Widerspruch **negotium irritum**, und falle sonach mit allen seinen rechtlichen Folgen, in so weit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme bestimme. Eine solche finde sich aber nur (§. 14) hinsichtlich der Kosten des

Mahnverfahrens; der §. 24, nach welchem der Zahlungsbefehl die Verjährung unterbreche, könne hier nämlich nicht angezogen werden, da nicht bestritten werde, daß er solches bewirkt haben würde, wäre er nicht ein negotium irritum geworden. In Beziehung auf die Litispendenz sei nichts vorbehalten.

Diese Ansicht kann jedoch schwerlich gebilligt werden, da sie sich lediglich auf das formelle Recht stützt, die Frage von der Unterbrechung der Verjährung aber aus dem materiellen Rechte zu beantworten ist, nach welchem die Behändigung der Klage, gleichviel in welcher Proceß-Art, die Unterbrechung zur Folge hat, und es ist kein folgerechter Schluß von den formellen Folgen auf die materiellen; denn nicht die Durchführung, sondern die Anstellung der Klage, sobald nur ihre Behändigung erfolgt ist, unterbricht die Verjährung, die daher auch unterbrochen bleibt, und nach §. 8 des Gesetzes vom 22. Sept. 1850 als eine neue 10jährige zu laufen anfängt, wenn aus irgend einem andern Grunde die Sache liegen geblieben ist.

Die andere Ansicht will demnach zwar die Klage erhalten wissen, dem Gegner aber sowohl Einrede als Widerklage abschneiden. Denn nach der Regel: excipiendo reus fit actor sei zwischen beiden kein formeller Unterschied, und wie die Widerklage als verjährt anzunehmen sei, da sie erst nach dem letzten December behändigt worden, so auch die Einrede. Ohnehin trete die Compensation erst ein, wenn man sich auf dieselbe berufe; für eine solche Berufung könne ein allgemeiner Widerspruch aber nicht gelten. Der §. 190 der B. P.-O. knüpfe an die Litispendenz durch Behändigung der Klag-Anträge zwar auch das Recht zur Widerklage, und somit auch der Einreden, aber es werde auch nicht dies formelle Recht bestritten, sondern nur behauptet, daß die Forderung, die man widerklagend resp. excipiendo verfolgen wolle, hier zu Lande auf Grund des Verjährungs-Gesetzes keine Einrede und Widerklage mehr liefere.

Eine dritte Ansicht giebt auch dies letztere zu, weil die Widerklage von der Klage nichts als das forum entlehne, in allen übrigen Rücksichten aber, z. B. für die Zinsberechnung, als selbständige Klage zu beurtheilen sei; sie will aber die Einrede der Compensation erhalten wissen, weil der allgemeine Widerspruch eine Berufung auf alle Einreden enthalte, und

die Compenſation, ſobald man ſich darauf berufe, ipso jure eintrete. Daß aber dieſe Berufung, um den Eintritt der Compenſation zur Folge zu haben, erſt dem Gegner erklärt ſein müſſe, ſei nirgends in den Geſetzen vorgeſchrieben. Es genüge daher, daß ſie — in der Form eines allgemeinen Widerſpruchs — dem Gerichte erklärt worden ſei.

Am weiteſten aber geht in dieſer Richtung die vierte Anſicht, die dem Beklagten ſowohl die Widerklage als die Einrede vorbehält, nach der Argumentation, daß überhaupt alle Folgen, die ſonſt an die eigentliche Litis-Conteſtation geknüpft waren, durch den §. 190 der B. P.-O. ſchon auf die Behändigung der Klag-Anträge verlegt ſeien, daß alſo der Moment der Klag-Behändigung, ſowie ſonſt der der eigentlichen Kriegsbefeſtigung, nicht bloß über die Klage, ſondern gleichzeitig über Einreden und Widerklage entſcheide, wie aus den Motiven des §. 190 ausdrücklich hervorgehe. Durch dieſe rechtliche Fiction ſeien Einrede und Widerklage gleich bei Behändigung der Klage mit in lite, und ſomit auch die Verjährung der Gegenforderung unterbrochen, wornach es denn überhaupt nicht auf den Zeitpunkt des erhobenen Widerſpruchs, ſondern lediglich auf den der Klag-Behändigung ankomme, ſo daß alſo auch gegen einen, etwa am letzten December 1852 behändigten Zahlungsbefehl der erſt im Januar 1853 erhobene Widerſpruch zur Compenſation und Widerklage berechtige, vorausgeſetzt natürlich, daß zur Zeit der Behändigung der Klage die Verjährung der Gegenforderung nicht bereits vollendet geweſen ſei.

Dieſe letzte Anſicht iſt namentlich beim Amtsgerichte L., Abtheilung für den Landbezirk, als die richtigere angenommen; während daſſelbe, Abtheilung für den Stadtbezirk, nach der dritten Anſicht verfährt, alſo die Einrede vorbehält, die Widerklage aber abweiſet.

Bei ſolcher Divergenz der Anſichten erſcheint eine annehmbare höhere Entſcheidung beſonders erwünſcht.

Der Zeitung für Norddeutſchland vom 21. April 1853 entlehnen wir hier noch folgendes Reſponſum eines Hannov. Juriſten:

Was die Frage anlangt, ob eine nach dem Geſetze vom 22. Septbr. 1850 verjährte Forderung (§. 11 des Geſetzes)

der Einrede der Compensation zum Grunde gelegt werden kann, so muß man hier die beiden möglichen Fälle unterscheiden. Zwei Forderungen, welche einander aufzuheben geeignet waren, sind beide mit dem letzten December 1852 verjährt. Die eine wird vor Ablauf der Verjährungsfrist klagbar gemacht, die andere nicht, vielmehr wird aus letzterer die Einrede der Compensation hergenommen. Das ist ohne allen Zweifel und deswillen zulässig, weil die Rechte vorschreiben: es soll so angesehen werden, als ob zur Compensation geeignete Forderungen unter denselben Parteien sich gegenseitig in dem Augenblicke aufheben, in welchem sie einander gegenüber treten, vorausgesetzt, daß man sich rechtzeitig darauf beruft. Der letzte Termin dieses Berufens ist der, wo im Prozeß die Einrede der Compensation vorgeschützt werden muß. So wie solche vorgeschützt wird, muß deren Effect auf den Zeitpunkt zurückgeführt werden, in welchem Forderung und Gegenforderung sich gegenübertreten. In diesem ersten Falle bringt man daher keine verjährte Forderung zur Compensation, sondern man legt dar, daß die Compensation vor der Verjährung schon stattgehabt habe. Dem andern Fall, dem des §. 11, liegt der Thatbestand unter, daß Jemandem, welchem eine schon verjährte Forderung gegen den Angeklagten zusteht, nunmehr eine gleichartige Schuld gegen denselben nach vollendeter Verjährung überkommt. Hier soll aus der schon verjährten Forderung keine Compensation zugelassen werden. Das würde nach dem Gesetze an sich geschehen können, denn das Gesetz läßt nur die Klagen, nicht eigentlich das Recht selbst durch Verjährung untergehen, es bleiben also alle Einreden, welche das Recht an sich giebt. So würde z. B. ein Schneider, dessen Forderung für Fabriciren eines Kleidungsstücks mit letztem Dec. v. J. verjährt ist, wenn ihm jetzt eben dieses Kleidungsstück zu weiterer Bearbeitung vom Eigenthümer übergeben wird, solches retiniren können, bis er auch für die erste Rechnung bezahlt ist, denn die Einrede der Retention ist nicht abgeschnitten.

V.

Zur allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung vom 8. Nov. 1850.

Erörterungen der Herren Obergerichtsanwalt Koellner zu Verden, Auditor A. Leopold zu Göttingen, Obergerichtsanwalt Dr. Northoff zu Hildesheim, V.-P. v. Düring, O.-G.-Vice-Director v. Bobers zu Göttingen, und Jagdsecretair. Dr. Friederici zu Hannover.

---

1. Zum §. 10 der B. P.-O. (forum contractus für Ausländer.)

Der Maurermeister R. zu Bremen und der Ziegelmeister R. zu Daverden im Bezirke des Obergerichts zu Verden, schlossen 1843 zu Daverden mit den dortigen Ziegelei-Interessenten über deren Ziegelei daselbst einen Pachtcontract ab; und erklärten sich unter Verzichtleistung auf die Einrede der Division für die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten in solidum verantwortlich.

Wegen Nichterfüllung der desfallsigen Verbindlichkeiten abseiten der Pächter erhoben nun Verpächter Klage bei dem Obergerichte zu Verden und ließen die für den auswärtigen Beklagten bestimmte Abschrift der Klageanträge der Staatsanwaltschaft nach Vorschrift der bürgerlichen Proceß-Ordnung §. 124. behändigen, welche Behörde indeß dem klägerischen Anwalte später die Eröffnung machte, daß bei nachgesuchter Zustellung der Klaganträge an den in Bremen wohnenden Mitbeklagten das Untergericht zu Bremen die begehrte Rechtshülfe verweigert habe, weil es das forum contractus nicht für begründet halte, indem das specielle hannoversche Gesetz (B. P.-O. §. 10) nur für die hannoverschen Staatsangehörigen Geltung habe, Fremde dagegen nicht verbinden könne, vor den hannoverschen Gerichten Recht zu nehmen.

Nunmehr wendete klägerischer Anwalt sich behuf Erwirkung der fraglichen Zustellung an das Justiz-Ministerium zu Hannover; diese hohe Behörde hat indeß, laut der dem Anwalt zugegangenen Eröffnung, es nicht für angemessen befunden, mit dem Senate der freien Stadt Bremen in Verhandlung zu treten, weil eine Beschwerde über das Bremer Untergericht nur dann begründet sein würde, wenn die Zuständigkeit des hiesigen Obergerichts in der in Rede stehenden Streitsache nicht blos nach diesseitigem, sondern auch nach bremischem Gesetz begründet wäre, nach gemeinem Recht aber der Umfang der Wirksamkeit des fori contractus controvers sei und die Praxis der Ansicht des Untergerichts zu Bremen fast allgemein zur Seite stehe.

Hiernach ist der §. 10 der bürgerlichen Proceß-Ordnung, insoweit seine Anwendbarkeit auf Nichthannoveraner in Betracht kommt, so ziemlich bedeutungslos, und es wäre daher sehr wünschenswerth, wenn, so lange gleichmäßige in ganz Deutschland geltende Gesetze entbehrt werden, diesen und andern Uebelständen, namentlich der Unsicherheit der Zwangsvollstreckung in executorischer Ausfertigung vorliegender Urtheile Seitens auswärtiger Gerichte, durch Staatsverträge abgeholfen würde. *)

O. Koellner,
Obergerichtsanwalt zu Verden.

---

*) Der Wunsch daß die Rechtshülfe der Nachbarstaaten durch Staatsverträge gesichert werde, ist gewiß ein durchaus begründeter; auch ist schon Bd. I. S. 98 dieses Magazins darauf hingewiesen, wie fast sämmtliche deutsche Staaten, außer Hannover, die gegenseitige Rechtshülfe bereits durch Staatsverträge regulirt haben.

Daß übrigens die in der B. P.-O. beliebte Ausdehnung des forum contractus gegen Ausländer, die sich im Königreiche aufhalten oder daselbst Vermögen besitzen, dann wirkungslos sei, wenn die auswärtigen Staaten Rechtshülfe weigern, ist dem Gesetzgeber nach den veröffentlichen Reg. Motiven zur B. P.-O. (cf. Leonhardt B. P.-O. 2. Aufl. S. 28.) nicht entgangen; dem Hannoveraner kann nichtsdestoweniger viel daran liegen, daß der Rechtsstreit vor inländischen Gerichten nur erst einmal entschieden werde; das kann er ja aber durch Fortsetzung des Processes mit Hülfe der Vorschrift der §§. 125. 368. ꝛc. der B. P.-O. auch bei fortwährendem Ungehorsam des Beklagten erreichen.

(Red.)

2. Zum §. 14. (forum reconventionis.)

„Das Proceßgericht der Klage wird für eine Widerklage — — unter der Voraussetzung zuständig, daß — — die Widerklage zugleich mit der Klagebeantwortung erhoben — —."

Das Gesetz versteht unter Klagbeantwortung nicht den ersten Theil, den ersten Abschnitt der Vertheidigung auf eine Klage, analog der Vernehmlassung im gemeinen Proceß, ebensowenig Litiscontestation, die unser Proceß gar nicht mehr kennt (§. 190), sondern das ganze Vorbringen gegen die Klage, das sowohl in Einreden, Dupliken als in Negationen, Rechtsdeductionen bestehen kann.

Die Mündlichkeit des Verfahrens macht die frühere Sonderung der Vertheidigungsmomente in bestimmte Abschnitte unnöthig. Erst das Urtheil als natürliche Gränze schließt die Klagbeantwortung, das Vertheidigen in diesem Sinne aus. Das ganze erste Verfahren, mag es sich auch auf mehrere Termine vertheilen, ist als ein continuum, ein Ganzes zu betrachten: §. 205 spricht von einer Vertagung der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung. Das Ergebniß der mündlichen Verhandlung ist: auf der einen Seite, das vom Kläger zur Begründung, Stützung seines Petitums Vorgebrachte, Klage, Repliken, auf der andern Seite: alle Vertheidigungsmittel: Einreden Dupliken u. s. w. ohne Berücksichtigung der Zeit des Vorbringens. Letzteres ist die Klagbeantwortung. Diese Auffassung entspricht dem Gesetz (§. 386, Aufnahme der Protocolle im amtsgerichtlichen Verfahren.)

Daß der Richter bei der Beurtheilung dieses Materials die logische Folge beachten muß, ist selbstverständlich. Wo das Gesetz dem ersten Momente der Vertheidigung eine besondere Wirkung beilegen will, §. 174, §. 196 a linea 3, da bezeichnet es diesen mit „Verhandlung zur Hauptsache, Eingehen auf die Hauptsache." Der Beklagte kann daher bis zum ersten beweisauflegenden, beziehungsweise endlich entscheidenden Urtheil seine Widerklage mit Wirkung anbringen.

Im obergerichtlichen Verfahren ist außerdem noch, und das wohl, um verschleppende Terminserstreckungen abzuschneiden, Mittheilung von die Widerklage bezielenden Anträgen an den Gegner gefordert. Wenn diese aber mitgetheilt sind, so kann

der Beklagte auch erst im zweiten, dritten Termine seine Widerklage anhängig machen.*)

Aud. Leopold zu Göttingen.

---

3. Zum §. 19. (prorogatio fori).

Die aufgeworfene Frage, ob die freiwillige Erstreckung der Gerichtsbarkeit auch bei Ungehorsam der beklagten Partei eintrete? kann in der That nicht zweifelhaft sein. Der §. 19 der allgem. bürgerl. Prozeßordnung spricht sich aufs deutlichste dahin aus: daß ein Kläger beliebig eines der Amts- und Obergerichte angehen kann, und daß es auf die Beistimmung des Gerichtes für die Prorogation nicht ankommt. Namentlich ist vorgeschrieben, daß von Amtswegen, also ohne Veranlassung abseiten der Gegenpartei, nur die großen Senate der Obergerichte sich incompetent erklären sollen, wenn sich klar darlegt, daß es um Gegenstände geringern Werthes als 300 ℛ sich handelt. Im Uebrigen überläßt das Gesetz der Wahl der Parteien das Forum und bedingt nur, daß der Gegenstand des Rechtsstreites überhaupt vor die Amtsgerichte ꝛc. gehört. Dabei fingirt das Gesetz die Uebereinkunft der Parteien, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig die Einrede der Incompetenz vorschützt. Auch wenn der Beklagte erscheint, kann das Unterlassen der Ablehnung auf Irrthum ꝛc. beruhen, es läßt sich daher bei Ausbleiben des Beklagten umsoweniger sagen, daß nur dann die wirkliche Uebereinstimmung fehle. Auch könnte ja der ungehorsame Beklagte gegen den Gerichtsstand gar keine Einwendung machen wollen.

Entscheidend ist, daß das Gesetz die Ablehnung nicht vor ihn gehöriger Sachen dem Amts- und Oberrichter (mit der obigen Ausnahme) nur auf rechtzeitiges Anrufen der Parteien gestattet, und, wo das Anrufen nicht erfolgt, die Vereinbarung über Erstreckung des Gerichtsstandes stets fingirt. Kann also der Richter von Amtswegen sich nicht für incompetent erklären, auch wenn er der unrechte Richter ist, so kann er es auch nament-

*) Ob derselbe auch die schriftlich übergebenen Widerklaganträge in mündlicher Verhandlung abändern darf, ist mit Rücksicht auf §. 203 nicht zweifellos; vergl. unten den Aufsatz zu §. 203.

Red.

lich dann nicht, wenn der Beklagte ausbleibt, also auch die Einrede der Incompetenz nicht vorbringt. Denn auch hier müßte er von Amtswegen sich für incompetent erklären, und das soll er nicht.

Die Regierungsmotive zum Gesetz geben auch noch einen anderen Grund an die Hand. Man will es den Parteien überlassen, geringere Sachen (unter 100 ℳ) sofort zur collegialischen Entscheidung der Obergerichte (also vor die kleinen Senate) zu bringen, und umgekehrt Sachen höheren Werths rasch und mit geringen Kosten vor den Amtsgerichten abzumachen. Das ist eine sehr heilsame Bestimmung. Sachen geringern Werths können in ihren Consequenzen höchst wichtig sein, während der Summe nach erhebliche nur oben abgemacht sein wollen. Wenn nun der Kläger hier nach §. 19 der Pr.-O. ein an sich zuständiges Obergericht vorläufig angehen kann, so darf auch ihm durch bloßen Ungehorsam des Gegners das nicht verkümmert werden, und der Richter darf das umsoweniger thun, weil er ja gar nicht weiß, ob nicht der Gegner seines Ungehorsams ungeachtet ganz damit einverstanden ist, daß er urtheile. Anscheinend ist bei der aufgeworfenen Frage vorausgesetzt, mit dem Ungehorsam sei stets zum Nachtheil des Beklagten die Sache abgemacht. Das ist aber nicht der Fall, vielmehr hat der Richter die Klage gehörig zu prüfen, und darf den Gegner nur verurtheilen, soweit die Klage an sich — also für den Rechtsgrund — gegründet ist. Nur der Nachtheil des Verlustes der Einreden und des Zugeständnisses des Klaggrundes trifft den Ungehorsamen. Wer den Klaggrund einräumen muß, und keine Einreden hat, verliert durch den Ungehorsam nur die Möglichkeit, dem Richter die Beleuchtung des Rechtspunkts zu liefern. Vielleicht hat der Bekl. unter solchen Umständen nur eben nicht ausdrücklich zugestehen wollen, er erwartet ohne Weiteres aus Rechtsgründen, — welche er vielleicht nur ungern dem Kläger gegenüber selbst hervorhebt — eine Abweisung der Klage, — erwartet sie eben vom angegebenen incompeten Richter.

Auch solche Fälle sind denkbar, und rechtfertigen die klare Vorschrift des Gesetzes: daß der Gegner die Incompetenz des angegangenen Richters rügen müsse, um solchen zu befähigen, sich für unzuständig zu erklären. Uebrigens ist es genug, daß bestimmt vor-

geschrieben ist, die Einrede der Incompetenz müsse vorgeschützt werden, der Richter könne sich mit der alleinigen hervorgehobenen Ausnahme nicht für incompetent von Amtswegen erklären — um bei Ungehorsam vom incompetenten Richter stets das Urtheil sprechen zu lassen.

(Zeitung für Norddeutschl. v. 12. April 1853.)

---

4. Zum §. 74. und 78. (Bevollmächtigung.)

§. 74. „Der Bevollmächtigungspunkt kann von der Gegenpartei in jeder Lage des Rechtsstreites, von Amtswegen aber nur insoweit geltend gemacht werden, als der Gegenpartei nicht Gelegenheit gewährt worden ist, den Mangel der Vollmacht zu rügen."

Soll der letzte Passus dieses §. dem Gerichte nur dann eine Prüfung des Bevollmächtigungspunctes gestatten, wenn auf einseitigen Antrag, bei Arrest, Provisorien das Gericht eine Entscheidung abgiebt, oder um Beifügung der Vollstreckungs-Clausel gebeten wird: darf selbst der Antrag auf Ladung zum Termine als Gelegenheit, den Mangel der Vollmacht zu rügen, betrachtet werden? Jener erste Satz bedarf keines Beweises; analog bestimmt auch §. 12 des Ges. über das Mahnverfahren; es schrumpft aber die im Gesetz geforderte Gelegenheit, wenn nur zu einem Termine geladen ist, zu einer bloßen Möglichkeit zusammen, da die Partei jenen Mangel erst dann rügen kann, wenn sie durch eine Frage nach der Vollmacht an den etwaigen Vertreter der abwesenden Partei entdeckt hat, daß Vollmacht überhaupt, oder was dem gleich, eine ordnungsmäßige fehlt. Von vorn herein konnte sie nicht wissen, ob die Gegenpartei selbst, oder ein Vertreter, und ob dieser mit oder ohne Vollmacht erschiene. Dennoch muß die oben gestellte Frage bejaht werden. Nach §. 75 u. 76 wird unter Umständen ein auftretender Bevollmächtigter, wenn die andere Partei erschienen, auch ohne genügende Vollmacht, einstweilen als zur Proceßführung berechtigt angesehen, nur ein Nachliefern der Vollmacht gefordert, falls die Ungehorsamsanklage ohne Wirkung bleiben soll. Das Gesetz bestimmt aber Nichts darüber, wie es mit dem spä-

tern Nachweiſe der Vollmacht in dem Falle zu halten, wenn nur eine Partei im Termine erſchienen, und dieſe ein mandatum praesumtum für ſich in Anſpruch nimmt. Als circumducirt kann der Termin jenes mandati praesumti wegen nicht angeſehen werden. Im Zweifel aber, und ſofern nicht triftige Gründe entgegenſtehen, iſt das Geſetz dahin zu interpretiren, daß es ohne Lücken iſt: ohne Lücke iſt es aber, wenn von Amtswegen nur in den eben bezeichneten Fällen der Vollmachtspunkt geprüft wird.

§. 78. „Wer als Bevollmächtigter in einem Rechtsſtreite auftritt, ohne ſeinen Auftrag durch eine ordnungsmäßige Vollmacht nachweiſen zu können, iſt dem Gegner, wegen aller ihm hiedurch erwachſenen Koſten und Schäden verantwortlich."

Es könnte ſcheinen als ob dem Gegner „auch nach geendigtem Proceſſe" die Befugniß zuſtände, eine Nachweiſung der ordnungsmäßigen Vollmacht verlangen zu können, da ihm eine Forderung auf Schadenserſatz gegen den nicht legitimirten Vertreter der Gegenpartei gegeben iſt. Dies liegt nicht in der Intention des Geſetzes. Nach §. 74 kann der Bevollmächtigungspunct in jeder Lage des Rechtsſtreites von der Gegenpartei geltend gemacht werden. Der Sinn dieſer Worte ſoll ſein: nicht blos im Anfange, ſondern auch im Laufe, und zwar in jeder Lage des Rechtsſtreites, aber nicht mehr nach geendigtem Rechtsſtreite. Zu dieſem argumentum a contrario berechtigt a linea 2 des §. 78. „In gleicher Weiſe iſt der Bevollmächtigte der eigenen Partei verantwortlich, wenn er es unterläßt, den Mangel der Vollmacht des gegenſeitigen Bevollmächtigten zu rügen." Unterläßt der Bevollmächtigte die Rüge bezüglich der Vollmacht des Gegners, ſo iſt er ſeiner Partei zum Schadenserſatz verpflichtet, unterläßt es der dominus litis, ſo hat er ſich den erwachſenen Schaden ſelbſt beizumeſſen; jura vigilantibus sunt scripta. Dolus des Gegners kann ihm freilich auch immer noch nach geendigtem Proceſſe eine Klage gegen dieſen geben.

A. Leopold.

5. Zum §. 197. (Einreden des unzuständigen Gerichts.)

Der §. 197 der B. Proceß-Ordnung verbietet die Abgabe eines Beweisinterlocuts in dem Verfahren über solche verzögerliche Einreden, welche den Beklagten von der Verhandlung der Hauptsache befreien. Es soll vielmehr nach §. 196 der Beklagte bei Vorschützung dieser Einreden mit den Behauptungen zugleich den Beweis derselben insoweit dieser erforderlich ist, antreten. Welche Verpflichtung legt diese Vorschrift dem Kläger hinsichtlich des Beweises der Zuständigkeit auf?

I. Wenn ein von dem Klagfundamente trennbarer Thatumstand, von dessen Dasein die Befugniß des Klägers, in dem gewählten Gerichtsstande Klage zu erheben, bedingt ist, von dem Beklagten in Abrede gestellt wird, so muß der Kläger den Beweis übernehmen, und dieser ist nach §. 197 cit. stets ein sofortiger, mit den Behauptungen zu verbindender. Wenn also der in dem Gerichtsstande des Wohnorts belangte Verklagte leugnet, daß er seinen Wohnsitz in dem Gerichtsbezirk habe, so trifft den Kläger die Beweislast, und zwar muß er beweisen, daß der Beklagte zur Zeit der Behändigung der Klaganträge seinen Wohnsitz dort gehabt habe. Dabei kann eine Rechtsvermuthung für die Fortsetzung früherer Verhältnisse nicht gestattet werden. Es liegt daher dem Kläger z. B. darzuthun, ob, daß eine von ihm als Wittwe in dem Gerichtsstande ihres verstorbenen Ehemannes belangte Verklagte diesen Gerichtsstand zu jener Zeit noch gehabt oder fortgesetzt habe, und zu dem Ende ist nach Umständen zu erweisen: entweder daß die Beklagte noch Wittwe sei,*) oder daß dieselbe in dem fraglichen Gerichtsbezirke ihren Wohnsitz habe. Das Nämliche tritt bei

*) Die Umstände werden nicht leicht sich so gestalten, daß ein Beweis hinsichtlich des Wittwenstandes erfolgen müßte, wenn gleich im §. 7 der B. P.-O. der Wittwe der Gerichtsstand ihres verstorbenen Ehemannes bis dahin, daß sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem andern Gerichtsbezirke nimmt, beigelegt wird. — Der Beweis des Gerichtstandes des verstorbenen Ehemannes aber dürfte noch seltener in Betracht kommen, indem derselbe nur da von Entscheidung sein kann, wo es privilegirte Gerichtsstände gibt.

dem Gerichtsstande der belegenen Sache ein, wenn es sich darum handelt, ob ein Grundstück einer bestimmten Gerichtsbarkeit unterworfen sei? Der Kläger hat ferner zur Begründung des Gerichtsstandes der Verlassenschaft den letzten allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers nachzuweisen. Dagegen ist die Berufung des Beklagten auf die Theilung der Erbschaft bezw. Aushändigung derselben eine Einrede, welche der Beklagte zu erweisen hat. Das nämliche gilt von dem foro pactitio.*) Der Kläger muß den Vertrag, der Beklagte seine Einreden (z. B. des Betrugs, der Minderjährigkeit) beweisen. In allen diesen Fällen betrifft der Competenz-Streit Verhältnisse, welche von dem Klagfundamente völlig getrennt sind.

II. Wenn dagegen der Gerichtsstand auf einem mit dem Klagfundamente zusammen fallenden Umstande beruhet, und wenn also der Klaggrund die Begründung der Zuständigkeit in sich schließt, so ist der sofortige Nachweis jenes Umstandes keineswegs erforderlich. Es wird in diesem Falle der Richter vielmehr durch die bloße Anbringung der Klage zuständig, und es kann in diesem Falle die Prüfung der Zuständigkeit sich nur auf die Beantwortung der Frage erstrecken:

ob das von dem Kläger in litem deducirte Rechtsverhältniß von solcher Art sei, daß objectiv dem Richter die Cognition über dasselbe zustehe?

Die Richtigkeit dieser Behauptung ließe vielleicht schon aus dem Ausdrucke der gemeinen Rechtsquellen: forum obligationis (denn von diesem ist jetzt die Rede) sich folgern. Die Obligation hat in dem Bezirke des angegangenen Gerichts ihren Sitz, daher ist der Richter zuständig in Betreff aller die natürlichen Abwickelung des Verhältnisses betreffenden Fragen, und es gehören vor ihn sowohl die Klage auf Erfüllung des Contracts, wie auch die auf dessen Aushebung (Rescission), vorausgesetzt, daß das Rescissions-Recht aus dem Contracte selbst entspringt, z. B. aus dem pacto adjecto de retroemendo.

L. 2 C. Ubi et apud quem 2, 47**)

*) Insoweit darüber ein bindender Vertrag geschlossen werden kann. L 18 D de jurisd. 2, 1. Vergl. mit L 29 C. de pactis 2, 3.

**) Daher gehören die Restitutions- und Rehhibitionsklage nach gemeinem Rechte vor das Gericht des Wohnorts. (quamcunque aliam

Der Richter ist zuständig über den Vertrag und die aus diesem entstehenden Rechtsverhältnisse, nicht über die Person des Beklagten, wenn gleich das forum obligationis sehr häufig am Wohnorte des Beklagten sein wird, und beide Gründe der Zuständigkeit zusammen fallen können. Die weitere Folge hiervon ist, daß eine Vorbeweisführung des Klägers darüber:

ob die von diesem zur Begründung seines Klaganspruches gemachten Anführungen in Wahrheit beruhen, und ob also das klagbar gemachte Rechtsverhältniß, auf welches die Zuständigkeit des Richters sich gründet, im einzelnen Falle überhaupt oder doch in der von dem Kläger behaupteten Weise thatsächlich begründet sei? nicht verlangt werden kann.

Außer dem foro obligationis oder dem foro contractus, zu welchem das forum gestae administrationis gehört,*) kommt im gemeinen Rechte als ein ähnlicher Gerichtsstand noch das forum delicti commissi vor.

Cap. 20 X. de foro comp. 2, 2.

In den §§. 10 11 und 12 der B. P.-O. werden diese Gerichtsstände als drei neben einander stehende Gerichtsstände aufgeführt.

Es treffen diese drei Gerichtsstände auch in andern als in dem soeben angeführten Puncte überein.

Verträge und unerlaubte Handlungen und in manchen Fällen auch einseitige erlaubte Handlungen, welche Obligationen erzeugen, sollen da klagbar sein, wo sie vorgefallen sind und wo das daraus entstandene Rechtsverhältniß seinen Ursprung genommen hat, oder wo der Vertrag erfüllt werden soll;**) und

causam b. c.) Dem steht auch §. 10 der B. P.-O. nicht entgegen.

Die Frage, ob eine Klage auf Aufhebung des Contracts aus einem Grunde, der nicht aus dem Contracte selbst entspringt, nach dem §. 10 der B. P.-O. nicht dennoch vor dem foro contractus angebracht werden darf — möchte bei der völlig allgemeinen Fassung des §. schwerlich ohne Weiteres zu verneinen sein.

Die Red.

*) L 20 de jud. 5, 1.

**) Es könnte das „oder" im §. 10 der B. P.-O. gar wohl so zu verstehen sein, daß in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte der Erfüllungsort im Verhältnisse zu dem Orte, wo der Vertrag abgeschlossen

zwar enthält die Einführung dieser Gerichtsstände eine sehr entschiedene Begünstigung des Klägers. Freilich meint Linde im Archiv für civilist. Praxis Bd. 7 S. 67 (1824.) durch das forum contractus habe gerade umgekehrt der Beklagte begünstigt werden sollen. Dies ist indessen eine ziemlich vereinzelte Ansicht, und es steht derselben schon der Umstand entgegen, daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Verklagten in dem Gerichtsstande des Vertrags oder des Wohnorts belangen will, und daß es mithin bei dem Kläger stehen würde, die ganze vermeintliche Rechtsbegünstigung des Beklagten zu vereiteln. Dagegen beruhet die Begünstigung des Klägers nicht nur darauf, daß ihm die Beweisführung unter Umständen erleichtert werden kann, wenn er in dem Gerichtsstande des Vertrags oder der geführten Verwaltung oder der unerlaubten Handlung klagt, sondern es ist möglich, daß die Statthaftigkeit und Durchführung des Klaganspruchs überhaupt von dem Rechte, in jenem Gerichtsstande die Klage zu erheben, bedingt ist. Dieser Fall tritt ein, wenn die Handlung (Vertrag, Delict) nur an dem Orte des Vertrags oder des Delicts einen klagbaren Anspruch begründet, in dem Gerichtsstande des Wohnorts des Verklagten aber entweder eine Klage gar nicht erzeugt, oder wenn hier das Klagrecht erloschen ist (Verjährung), oder sonst durch Einreden beseitigt werden kann.*) In Ansehung dieser drei Gerichtsstände tritt nun, wie oben behauptet worden ist, zugleich eine Ausnahme von der Regel ein, daß der Kläger den Gerichtsstand sofort bei dem Beginne des Rechtsstreits und vor Verhandlung der Hauptsache beweisen müsse, und hierüber soll noch ein Wort hinzugefügt werden. Wenn jemand aus einem

---

ist, den Vorzug hat. Denn durch Verabredung eines Erfüllungs-Orts haben die Contrahenten zu erkennen gegeben, daß sie den Sitz der Obligation an diesen Ort verlegen wollen. In einem solchen Falle ist der Ort des Abschlusses des Vertrags etwas Gleichgültiges, und es ist folglich kein Grund vorhanden, den Beklagten zu zwingen, an diesem Orte sich belangen zu lassen.

*) Das eben Gesagte bezieht sich auf die Anwendung verschiedenartiger Rechtsquellen auf den Klaganspruch. Aber auch die Vollstreckung des Erkenntnisses kommt in Betracht L 45 de judic. 5, 1.

Vertrage — und was in dieser Hinsicht von dem Vertrage Rechtens ist, das gilt analoger Weise auch von den andern beiden soeben gedachten Gerichtsständen der bürgerlichen Proceß-Ordnung, weshalb dieselben der Kürze wegen hier mit dem gemeinsamen Namen des Gerichtsstandes der Obligation bezeichnet werden mögen — Klage erhebt, so kann bei dem Beginne oder vor dem Beginne des Rechtsstreites der Abschluß des Vertrags formell nicht schon erwiesen sein; sondern gerade, um im Falle des Leugnens des Beklagten diesen formellen Beweis zu erbringen, ruft der Kläger den Richter an.*)

Moorstadt, gemeiner deutscher Civil-Proceß-Schlüssel. Heidelberg, 1847. §. 91 №. 2 (S. 72).

So wenig der Beklagte durch das bloße Leugnen des Contracts, oder des Abschlusses des Contracts an dem bestimmten, von dem Kläger angegebenen Orte, oder des von dem Kläger angegebenen Erfüllungs-Orts von der Klage sich befreien kann, eben so wenig ist der Kläger verpflichtet, über jene Puncte den Beweis zu anticipiren, um nicht in Gefahr zu kommen, auf den Grund des §. 197 der B. P.-O. mit seiner Klage abgewiesen zu werden, indem nach Inhalt jenes §. in dem Vorverfahren über die Begründetheit des Gerichtsstandes ein Beweisinterlocut nicht abgegeben werden darf. Mit Rücksicht darauf, daß die Obligation, falls sie überhaupt in der von dem Kläger angegebenen Weise vorhanden ist, unter dem angegangenen Gerichte ihren Sitz hat, ist hier allerdings der Umstand von Entscheidung, daß Niemand durch Ableugnen von einem Anspruche sich befreien kann, und daß der Kläger im ordentlichen Verfahren zu der Anticipirung des Beweises des Klaggrundes nicht verpflichtet ist.

Das Proceßgesetz schreibet diese Anticipirung überhaupt nicht vor. Zum Zweck der Elidirung einer proceßhindernden Einrede wird man dieselbe aus der Natur der Sache aber um so weniger herleiten wollen, weil dadurch ein zwiefaches Beweis-Verfahren über ein und dieselbe Thatsache herbeigeführt werden würde. Es kann die Proceß-Ordnung

*) Selbst im Executiv-Processe erfordert die Begründung des Gerichtsstandes nur den für diese Proceßart überhaupt vorgeschriebenen Beweis.

eine solche Abnormität unmöglich als Gesetz und Regel haben hinstellen wollen. Nicht nur das Verfahren würde auf eine thörichte Weise zerspalten und verdoppelt, sondern es würde auch der Zweck verfehlt, um dessentwillen der Gerichtsstand der Obligation in dem Gesetze gegeben ist, wenn dessen Geltendmachung den Kläger zu einer doppelten Beweisführung zwingen sollte. Denn in der Wirklichkeit hieße dies den Kläger zwingen, den Beweis seines Klaggrundes anticipando zu schöpfen. Wenn nämlich auch formell eine zwiefache Beweisführung eintreten müßte, so würde der Kläger zu einer solchen Erschöpfung des Beweises durch Heranziehung seiner sämmtlichen Beweismittel doch um deswillen indirect genöthigt werden, weil eine vorläufige Beschränkung auf den Gebrauch einzelner Beweismittel (z. B. des Eides oder der Zeugen) den spätern Gebrauch noch anderer Beweismittel gar leicht unmöglich machen könnte. Die Beibringung eines vollständigen Beweises sofort bei Erhebung der Klage ist aber sehr lästig und in vielen Fällen ganz unausführbar. Daher würde es mit der dem Kläger durch Gestattung der Klage in dem Gerichtsstande der Obligation gewährten Begünstigung sehr mißlich stehen, und es würde wohl jenem Gerichtsstande fast alle practische Bedeutung genommen werden, wenn die Geltendmachung desselben an jene lästige Bedingung geknüpft sein sollte. Dies schreibt aber auch der §. 197 der B. P.=O. keineswegs vor. Zufolge der Stellung dieses §. in dem Systeme und mit Rücksicht auf den innern Zusammenhang der Vorschrift: „daß ein Beweisinterlocut in dem hier fraglichen Vorverfahren über verzögerliche Einreden unstatthaft sei," mit dem Inhalte des §. 196 ist anzunehmen, daß beide §§. nur auf wirkliche Einreden sich beziehen. Der §. 196 verpflichtet lediglich den Beklagten zu sofortiger Beweisantretung. Dies leidet nur auf wirkliche Einreden Anwendung. Daher wird der Gesetzgeber, abgesehen von den oben unter №. I. berührten Verhältnissen, auch nur den Fall, wo es sich um wirkliche Einreden — das Wort in dem Sinne neuen selbständigen Vorbringens genommen — handelt, im Auge gehabt haben. Hieraus folgt, daß der Beklagte, wenn er seine Einreden nicht liquide macht, damit abgewiesen werden muß. Wenn er aber bloß ablengnend sich verhält, z. B. den

Ort des Abſchluſſes des Contracts in Abrede ſtellt, ſo muß verfügt werden, daß er (nicht Einredens, ſondern) Ableugnens ungeachtet vorläufig (alſo eventuell ſ. №. IV) auf die Klage ſich einzulaſſen habe.

Von dem hier in Rede ſtehenden Ableugnen eines Theils des Klagfundaments iſt die verneinende Erklärung des Beklagten über eine bloße Vorfrage wohl zu unterſcheiden (S. №. I). In erſterm Falle gehört die Erklärung des Beklagten zu der Einlaſſung auf die Klage und der Richter kann verlangen, daß der Beklagte ſich erkläre; im letztern Falle z. B. bei dem Ableugnen des Wohnorts des Beklagten, bringt dieſer einen Nebenpunkt in Anregung, welcher für die Erhebung der Klage präjudiciell iſt. Daher kann in dieſem Falle die Analogie einer dilatoriſchen Einrede auf die weitere Verhandlung des Präjudicialpuncts allenfalls angewendet werden, keineswegs aber in dem erſten Falle. Damit iſt durchaus nicht geſagt, daß nicht auch in Anſehung des Gerichtsſtandes der Obligation wirkliche Einreden oder nach Analogie der Einreden zu behandelnde Vorfragen vorkommen können. Jenes iſt z. B. der Fall hinſichtlich der Einrede der Rechtshängigkeit, der Prävention, u. ſ. w. Mit Rückſicht auf das neue Proceß-Geſetz gehört hierher auch die Einrede des in Anſehung des Streitgegenſtandes (der Summe nach, oder in Betreff der Gattung der Gerichtsbarkeit) unzuſtändigen Richters. Ich folgere daraus, daß auch der ſofortige Beweis dieſer Einreden dem Beklagten obliegt, und im §. 481 S. 2 der B. P.-O. wird dies in Betreff des Executiv-Proceſſes ausdrücklich anerkannt, und der Natur dieſer Proceß-Art gemäß noch beſonders hervorgehoben, daß nur das liquide Vorbringen des Beklagten Berückſichtigung finden ſollte. Letzteres, nämlich eine nach Analogie einer Einrede zu behandelnde Deduction, enthält z. B. die Ausführung des Beklagten, daß der Kläger den Gerichtsſtand nicht begründet habe, daß derſelbe entweder zu dem Ende dienliche Angaben nicht einſt gemacht, z. B. nicht behauptet habe, daß der Contract in dieſem Gerichtsbezirke abgeſchloſſen ſei, oder daß und warum er hier zur Erfüllung kommen müſſe; oder daß die Anführungen des Klägers unzutreffend ſeien, indem z. B. ein nicht acceptirtes Schenkungs-Verſprechen kein Vertrag ſei, eine ſ. g. obligatio

immediata ex lege vorliege, und dergleichen mehr. In allen diesen Fällen kann eine Vorverhandlung über die Einreden stattfinden, und es muß, wenn dies geschieht, über dieselben besonders erkannt werden. Wer aber das bloße Ableugnen des Klaggrundes oder eines Theils des Klaggrundes diesem gleichstellen, darin allein schon die Begründung einer dilatorischen Einrede erblicken, und deshalb verlangen wollte, daß der Kläger zur Beseitigung der Einrede vor Verhandlung der Hauptsache den Beweis des Klaggrundes, insoweit er abgeleugnet worden, erbringen müsse, der müßte auch zugeben, daß im Falle des Mißlingens dieses Beweises der Kläger mit seiner Klage bloß in angebrachter Maße d. h. bloß von hieraus abzuweisen sei, da ja der Richter nur seine Nichtzuständigkeit auszusprechen haben würde. Dies kann allerdings unter Umständen (S. No. III.) nothwendig sein; allein es ist dies doch in allen Fällen, in welchen die Beweisführung ergiebt, daß der Klaganspruch überhaupt nicht begründet, z. B. der Contract gar nicht zur Perfection gekommen ist, nicht zu rechtfertigen*), und es würde in diesen Fällen durch eine bloß zur Zeit oder von hieraus erfolgte Abweisung der Klage gerade dem Beklagten eine Beschwerde zugefügt werden; indem dieser ja für den Fall des Mißlingens des Beweises. des Klaggrundes eine definitive Abweisung der Klage verlangen konnte.

III. Der Kläger muß nicht nur über den Gerichtsstand sich erklären, sondern es trifft ihn auch der Beweis; nur ist dieser Beweis in den Fällen unter No. II ein Theil des Beweises des Klaggrundes. Der Kläger klagt aus dem bestimmten hier abgeschlossenen Vertrage, aus dem hier vorgefallenen Vergehen u. s. w. und auf einen anderweit abgeschlossenen Vertrag oder auf eine an einem andern Orte begangene unerlaubte Handlung braucht der Beklagte in dem gewählten Gerichtsstande sich

*) Auch durch einen absolut nichtigen und wirkungslosen Contract wird dennoch die Zuständigkeit begründet; und es ist überhaupt nicht die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit, sondern lediglich die in die Sinne fallende Thatsache des Abschlusses des Contracts, welche das forum obligationis begründet. Daher kann, wenn der Richter des Vertrags den Contract für nichtig erklärt, in dem Gerichtsstande des Wohnorts nicht noch ein Mal geklagt werden.

nicht einzulaſſen. Dies gilt auch, wenn der Gerichtsſtand durch den Erfüllungs-Ort des Vertrags begründet wird. Es gilt ſelbſt dann, wenn über den Ort der Erfüllung des Hauptvertrags ein Nebenvertrag geſchloſſen iſt, und wenn der Kläger durch Berufung auf dieſen Nebenvertrag den Gerichtsſtand begründet, ſo wie, wenn umgekehrt der Beklagte durch Berufung auf einen ſolchen Nebenvertrag den vom Kläger geltend gemachten Gerichtsſtand des Hauptvertrags zu beſeitigen ſucht. In keinem dieſer Fälle kann ein präparatoriſches Verfahren über den Gerichtsſtand geſtattet werden. Dies folgt daraus, daß der Nebenvertrag als ein Beſtandtheil des Hauptvertrags zu betrachten iſt. Wenn aber über einen die Zuſtändigkeit begründenden Umſtand zugleich mit dem übrigen Klagbeweiſe interloquirt werden muß, bildet dann nicht dies Interlocut gleichzeitig die Wurzel der Entſcheidung ſowohl über die Zuſtändigkeit, wie über das klagbar gemachte Recht ſelbſt? — Die Beweisführung kann dieſe zwiefache Tendenz nicht haben, da ſie, inſoweit ſie das Recht ſelbſt umfaßt, die Competenz des Richters vorausſetzt, und hiervon iſt in dem Bisherigen geredet worden. Allein es iſt ein Unterſchied zwiſchen dem Zwecke und dem Erfolge des Beweisverfahrens zu machen. Wenn es nämlich dem Kläger nicht gelingt, die von ihm gegebene Begründung des Gerichtsſtandes in der Beweisinſtanz aufrecht zu erhalten, und bis zum Enderkenntniſſe durchzuführen, ſo ſteht nichts im Wege, daß der Richter am Schluſſe des Verfahrens ſeine Zuſtändigkeit für aufgehoben oder für durch das Ergebniß der Beweisführung beſeitigt erklärt, und nunmehr — anſtatt über den Klaganſpruch zu erkennen, — den Kläger von hieraus abweiſt. Aus der vorhin angenommen Zuſtändigkeit des Richters folgt auch die Nothwendigkeit, den Beklagten zur Einlaſſung auf die Klage anzuhalten, wenn dieſer einen Theil des Klaggrundes verneint, und unter dem Scheine einer dilatoriſchen Einrede von der vollſtändigen Einlaſſung ſich zu befreien ſucht. Es fragt ſich jetzt noch, ob dieſe Auflage eine bedingte oder eine unbedingte ſein muß? Läge eine wirkliche Einrede des unzuſtändigen Gerichts vor, ſo müßte eine Verurtheilung zu einer unbedingten Einlaſſung erfolgen. Dies folgt daraus, daß die Einrede nach Maßgabe der Zeit ihrer

Vorschützung zu beurtheilen ist. Auch darin unterscheidet sich die Vorschützung einer Einrede von dem bloßen Ableugnen, indem dort die Möglichkeit einer bessern Begründung der Intention des Beklagten in der Beweisinstanz unberücksichtigt bleiben muß. Eine Verurtheilung zu einer eventuellen Einlassung wäre dort eine Entscheidung ohne Inhalt, welche grade *dasjenige* unentschieden ließe, worüber zu entscheiden ist, nämlich: die proceßhindernde Eigenschaft der Einrede.

Das Gegentheil aber muß in dem letzteren Falle (wenn nämlich der Beklagte durch eine theilweise verneinende Einlassung von der weitern Erklärung auf die Klage sich frei zu machen sucht) behauptet werden. In diesem Falle handelt es sich nicht um den Werth einer Einrede und um dessen Beurtheilung. Der Beklagte soll vielmehr nur angehalten werden, vorläufig auf die Klage sich vollständig einzulassen, weil sein Vorbringen zur Zeit zu einem Mehrern, als zu nur eventueller Einlassung nicht berechtigen oder nur zu einer Verwahrung gegen eine definitive Einlassung benutzt werden kann. Daher ist, wie schon oben bemerkt worden, zu verfügen:

daß Beklagter theilweisen Abläugnens ungeachtet zu einer wenigstens eventuellen aber vollständigen Einlassung verbunden sei.

Diese Verfügung soll nur aussprechen, daß es dem Vorbringen des Beklagten noch zur Zeit an der Liquidität fehle, indem der Beklagte sich auf das Bestreiten einer Thatsache stützt, welche weder feststeht, noch sofort festgestellt werden kann. Da aber das fernere gerichtliche Verfahren die Ermittelung dieses Umstandes zum Zwecke hat, so würde eine Verurtheilung zu unbedingter Einlassung dem Enderkenntnisse vorgreifen, und würde auf die zur Zeit doch nur *bedingte* Verpflichtung des Beklagten, vor diesem Richter Recht zu nehmen, nicht das genügende Gewicht legen. Es soll hier kein Erkenntniß über eine Einrede, sondern nur ein Bescheid oder Beschluß, behuf vollständiger Instruction der Sache erfolgen. Daher fällt der Fall gar nicht unter die Vorschrift der §§. 196 und 197 der B. Proceß-Ordnung, sondern unter §. 111 (vergl. §. 201) daselbst, wornach der Richter sowohl von Amtswegen als auf Antrag entweder im Laufe der Verhandlungen zum Protokolle oder durch beson-

dern Beschluß verfügen kann, daß über die besonders namhaft zu machenden Behauptungen der Gegenseite eine bestimmte Erklärung erfolge. Die hier dem Richter gegebene Befugniß schließt die Stattnehmigkeit der Auflage zu einer eventuellen Erklärung in sich. Auch die Untergerichts-Ordnung v. J. 1827 enthält im §. 46 in Betreff wirklicher Einreden, welche den Beklagten von der Einlassung befreien sollen, die Vorschrift, daß, wenn solche Einreden weder zugestanden, noch bewiesen und entweder ungegründet oder doch illiquide sind, der Beklagte Einwendens ungeachtet zur wenigstens eventuellen Einlassung auf die Klage angehalten werden soll.

Mit der Einschränkung auf die Fälle des bloßen theilweisen Ableugnens des Klaggrundes ist dies noch jetzt Rechtens; insoweit aber die Untergerichts-Ordnung auf Erkenntnisse über wahre Einreden sich bezieht, fehlt es der Vorschrift an aller innern Begründung.

Es trifft übrigens das hier in Rede stehende und im Falle der Auflage zu wenigstens eventueller Erklärung des Beklagten eintretende Verfahren völlig mit dem Verfahren überein, welches stattfindet, wenn der Beklagte verzögerliche Einreden vorschützt und damit die Verhandlung der Hauptsache sofort verbindet. Auch dann wird der Richter zuständig zur Verhandlung des Klaganspruchs und dennoch ist es auch dann möglich, daß er am Schlusse des Verfahrens seine Unzuständigkeit ausspricht, falls die Lage der Sache alsdann solches erheischt. Die Verschiedenheit beider Fälle besteht bloß darin, daß das (eventuelle) Verfahren, welches bei Vorschützung einer dilatorischen Einrede häufig durch den freien Entschluß des Beklagten herbeigeführt wird, und von dessen Willkür abhängt, bei theilweisem Ableugnen des Klaggrundes auf bestimmten Vorschriften beruhet, und stets mit Nothwendigkeit eintritt.

IV. Das Resultat dieser Erörterung ist folgendes: Der §. 196 der B. Proceß-Ordnung spricht von Einreden, welche den Beklagten von der Verhandlung der Hauptsache befreien **sollen, und verpflichtet denselben, mit den Behauptungen zugleich** den etwa erforderlichen Beweis anzutreten, indem nach §. 197 ein Beweisinterlocut unstatthaft ist. Hieraus erhellet, wie in Ansehung illiquider Einreden zu verfahren ist. Dem stehen illi-

quide Repliken gleich, und fallen mithin in das Bereich der Vorschriften der §§. 196 und 197. Etwas ganz anderes ist aber eine bloße Verneinung des Klaggrundes. Diese fällt überhaupt nicht unter jene Vorschriften, und kann mithin auch in Fällen, in welchen sie die Zuständigkeit des Richters betrifft, nicht darunter gebracht werden. Wenn aber das Gesetz hierüber keine specielle Bestimmung enthält, so folgt daraus keineswegs, daß ein präparatorisches Beweisinterlocut behuf Feststellung der Competenz stattnehmig sei. Es ist solches auch hier unstatthaft, zwar nicht wegen der Vorschrift des §. 197 cit., sondern zufolge ganz allgemeiner Rechtsgrundsätze, so daß, was dort (Nr. I.) speciell vorgeschrieben ist, hier (Nr. II.) schon aus allgemeinen Prinzipien folgt. Auch darin kommen beide Fälle überein, daß sowohl, wenn der Beklagte eine wirkliche Einrede vorbringt, wie wenn er sich blos verneinend verhält, und hierdurch von der weitern Einlassung sich zu befreien sucht, derselbe um deßwillen zur Einlassung bezw. verurtheilt oder angehalten werden muß, weil er sein Vorbringen liquide zu machen nicht vermocht hat.

V. Die Veranlassung zu der vorstehenden Erörterung hat folgender Rechtsfall gegeben: Die B. klagte aus einem unehelichen Beischlafe auf Dotation und auf Ersatz verschiedener Ausgaben, welche sie für ihr alsbald nach der Geburt verstorbenes Kind in der Absicht gemacht habe, um von dem Beklagten die Erstattung zu fordern. Der Beklagte hatte seinen Wohnsitz nicht unter dem angegangenen Gerichte; Klägerin behauptete aber, daß der Beischlaf in dessen Bezirke vorgefallen sei, daß sie die Ausgaben daselbst gemacht und daß der Beklagte ihr ebendaselbst sogar die Ehe versprochen habe, um sie zu dem Beischlafe zu verführen.

Wiewohl der Beklagte die Zuständigkeit bestritt, so erkannte doch der Richter erster Instanz:

Daß die Einrede nach Maßgabe des §. 12 der B. Proceß-Ordnung*) als unbegründet erscheine.

Daher wurde dem Beklagten aufgegeben, über den Ort des

*) Der §. 12 spricht von dem Gerichtsstande aus unerlaubten Handlungen.

Beischlafs sich zu erklären. Dieser, welcher den Beischlaf nicht zugestehen wollte, verneinte auch den Ort desselben, welchen Klägerin angegeben hatte. Nun erfolgte zum Bescheide:

„Da ein Beweisinterlocut hinsichtlich verzögerlicher Einreden nach §. 197 der B. Proceß-Ordnung unstatthaft sei, so werde, weil die Behauptung des Klägers nicht erwiesen sei, daß der Beischlaf im dortigen Amtsgerichts-Bezirke vollzogen sei, der Kläger mit seiner Klage noch zur Zeit abgewiesen, unter Verurtheilung in die Kosten."

In zweiter Instanz wurde dies Erkenntniß von der Klägerin mit allen im Vorstehenden dargelegten Gründen bestritten. Dennoch wurde die Berufung unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten verworfen. Die Entscheidungsgründe lauteten folgendermaßen:

„Angenommen, daß das forum delicti commissi und gestae administrationis durch den Beweis der von der Klägerin behaupteten Thatsachen bei königlichem Amtsgerichte Hildesheim für die angestellte Schwängerungs-Klage begründet werden könnte, so wäre es Pflicht der Klägerin gewesen, diesen Beweis gleich neben der Klage beizubringen. Denn um von der Regel des allgemeinen Gerichtsstandes, nämlich des Wohnsitzes, abweichen und statt dessen einen der in den §§. 8—13 der Proceß-Ordnung genannten besondern Gerichtsstände wählen und angehen zu können, muß der Kläger die prozessualische Vorbedingung erfüllen, daß er dem angegangenen Gerichte dessen Competenz nachweis't, um den ihm persönlich nicht unterworfenen Beklagten mit Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit zur Verhandlung der Sache vor sich zwingen, und demnächst denselben eventuell verurtheilen zu können.

Beklagter ist nicht verpflichtet, die Frage der Competenz vor einem ihm persönlich fremden Amts- und Obergerichte verhandeln zu lassen, und dort im processualischen*) Wege wider sich den Beweis der Competenz versuchen und führen zu lassen, und hat jedenfalls zur Genüge gethan, wenn er vor beiden Gerichten erschienen und auf den Mangel des Beweises des

*) Auf welchem andern Wege soll dieser Beweis dann geführt werden? — und warum soll Eidesdelation nicht gestattet sein?

Vorhandenseins der behaupteten Gerichtsstände sich ausdrücklich bezogen hat.

Unter diesen Umständen hat die Berufung, wie geschehen, verworfen werden müssen, ohne daß es nöthig wäre, auf Prüfung der eventuell von den Parteien erörterten Punkte einzugehen."

O.-G.-Anwalt Dr. Northoff zu Hildesheim.

---

6. Zu den §§. 203, 405 und 412.

Können die schriftlichen Berufungsanträge vom berufenden Theile in mündlicher Verhandlung, gegen den Willen des andern Theils, geändert werden?

Ueber die vorstehende, für das neue Civilproceß-Verfahren sehr wichtige Frage, ist bereits verschiedentlich controvertirt.

A. Für die Verneinung der Frage führt man nicht ohne Anschein folgende Gründe an:

1. Nach §. 203 der B. P.-O. soll eine Aenderung der Klaganträge unstattnehmig sein; nach §§. 405 und 412 werden Berufungen wie Klagen erhoben, und richtet sich das Berufungsverfahren im Allgemeinen und so weit nicht die, hier nicht relevirenden, §§. 413 — 419 eine Ausnahme begründen, nach den Vorschriften, welche über das Verfahren erster Instanz in den §§. 184 — 342 gegeben sind. Folglich ist auch dasjenige, was im §. 203 für Klaganträge bestimmt ist, auf die denselben correspondirenden Berufungsanträge zur Anwendung zu bringen.

2. Für die Erhebung der Berufung ist im §. 401 eine Präjudicialfrist gesteckt und für die Einrichtung der Berufungsanträge ist im §. 405 vorgeschrieben, daß die Beschwerden und die sie begründenden Thatsachen, sammt entsprechender Schlußbitte, bestimmt angegeben werden soll. Folglich ist auch nur eine in dieser Form und innerhalb der gesetzlichen Frist erhobene Berufung zulässig und überall zu attendiren. Werden dagegen nach Ablauf der Berufungsfrist, namentlich erst im Audienztermine, neue Anträge oder neue factische Grundlagen für dieselben aufgestellt, so müssen diese, wenn der Gegentheil darauf

besteht, schon lediglich, weil sie verspätet vorgebracht sind, zurückgewiesen werden.

3. Endlich spricht schon die Rücksicht auf ein gehörig regulirtes Verfahren dafür, daß keine Berufungsanträge in die mündliche Berathung gezogen werden, auf welche die Gegenpartei nicht vorbereitet ist.

B. Die Gründe, welche dagegen für die Bejahung der vorangestellten Frage angeführt werden, sind folgende:

1. Das dem regelmäßigen Civilproceß-Verfahren zum Grunde liegende Princip der Mündlichkeit erfordert es als selbstverständlich, daß nur demjenigen, was im mündlichen Vortrage vorkommt, eine in der Sache entscheidende Bedeutung beigelegt werde, wogegen die schriftlichen Vorträge nur einen vorbereitenden Character haben, von dem also die Parteien an sich willkürlich in den mündlichen Verhandlungen zurücktreten können. Dieser Satz, so wie der fernere, daß das bereits erwähnte Verbot der Abänderung der Klaganträge im §. 203 eine rein exceptionelle Bestimmung, eine eigentliche Anomalie sei, ist auch schon in den Regierungsmotiven zu jenem §. ausdrücklich anerkannt. Als Ausnahme vom obigen Grundprincipe des mündlichen Verfahrens darf daher die Vorschrift qu. des §. 203 über Aenderung der Klaganträge an sich nicht ausgedehnt werden, vielmehr bedarf es hiezu einer ausdrücklichen Bestimmung.*) Daß aber jene Vorschrift auf Berufungsanträge ausdrücklich extendirt worden, ist aus den §§. 405 und 412 nicht zu entnehmen. Der §. 405 schreibt nur vor, daß Berufungen wie Klagen erhoben werden sollen, und der weitere Verfolg jenes §. beweist, daß nur von der Art der ersten Erhebung die Rede ist; der

*) Danach ist es auch schon zweifelhaft, ob jene Vorschriften des §. 203 auch auf Widerklaganträge zu extendiren sei. Sollte das aber auch angenommen werden müssen, so ist so viel gewiß, daß dieselben Grundsätze für Adhäsionen im Berufungsverfahren — die der Widerklage gegenüber das Nämliche sind, was Berufungsanträge den Klaganträgen gegenüber — reprobirt werden müssen, da für Adhäsionen der §. 403 das Vorbringen in der Audienz noch ausdrücklich freistellt, woraus immerhin noch ein Grund mehr für die Ansicht derjenigen gewonnen würde, welche die Aenderung der Berufungsanträge in der Audienz gestatten wollen.

§. 412 spricht nur von einem gleichartigen Verfahren; nirgends ist dagegen vorgeschrieben, daß auch sämmtliche Bestimmungen über die besondere Natur der Klaganträge, namentlich in denjenigen Puncten, welche auf wesentlich abweichenden Voraussetzungen beruhen, auf Berufungsanträge Anwendung finden sollen. Nun konnte aber der Gesetzgeber, ganz unbeschadet für das materielle Interesse des Klägers, füglich die exceptionelle Vorschrift geben, daß der Kläger mit veränderten Klaganträgen in der mündlichen Verhandlung nicht mehr gehört werden solle, indem derselbe dadurch mit diesen Anträgen nicht definitiv präcludirt wird, sie vielmehr jeden Augenblick in einem besondern Verfahren de novo geltend machen kann. Dagegen würde das Verbot der Veränderung der schriftlichen Berufungsanträge (wenn diese nicht etwa zufällig als selbstständige Klaganträge in einem neuen Verfahren geltend zu machen sein sollten) regelmäßig einem definitiven Ausschließen mit solchen Anträgen gleichstehn, das Verbot also hier auf Voraussetzungen beruhen, die völlig von denen der Klaganträge abweichen.

2. Man kann nicht annehmen, daß jedes Versäumniß der Formvorschriften des §. 405 einen Ausschluß mit der Berufung selbst habe zur Folge haben sollen. Dies hätte bestimmter ausgedrückt werden müssen; ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung muß es nach der Regel gehen, daß nur die Erhebung der Berufung selbst, d. i. die Erklärung gegen das bisherige Erkenntniß, die Berufung zur Hand nehmen zu wollen, nothwendig innerhalb der Berufungsfrist und zwar zu dem Ende erfolgen und dem Gegner insinuirt sein muß, um die Rechtskraft des Erkenntnisses zu hintertreiben, daß aber die Stellung der bestimmten Anträge u. s. w. in der schriftlichen Eingabe zur Anmeldung der Berufung als bloße Vorbereitung zu der mündlichen Verhandlung aufzufassen ist, also das Unterbleiben oder die Formwidrigkeit so wie die spätere Abänderung der schriftlich gestellten Anträge lediglich auf den Kostenpunkt einen ungünstigen Einfluß haben kann.*)

*) Wie aber, wenn Jemand in den schriftlichen Anträgen ausdrücklich die Berufung nur gegen einen Theil der Entscheidung zur Hand nimmt, soll er da auch noch in der Audienz, nach Ablauf der Frist,

3. Die Bestimmung des §. 418, daß Einreden u. s. w. in der Berufungsinstanz als nova sollen geltend gemacht werden können, würde zum Nachtheil des berufenden Theils eine Lücke bekommen, die durch die spätere Bestimmung des §. 444, daß das remedium rest. in integrum wegen neu entdeckter Thatsachen Statt finden soll, nicht wieder ausgeglichen würde, eben weil dieses nur wider rechtskräftige Erkenntnisse geltend zu machen ist. Schon das Ineinandergreifen beider Bestimmungen macht es nothwendig, daß die Vorschrift des §. 418 nicht in dem Falle eine Ausnahme erleidet, wenn eine neue Einrede in der Berufungsinstanz von Seiten des Berufenden geltend gemacht werden will, die derselbe erst nach Einreichung seiner Berufungsanträge und nach Ablauf der Berufungsfrist, jedoch vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung entdeckt hat.

4. Durch die bejahende Beantwortung der vorangestellten Frage kann allerdings ein unerwünschter Aufenthalt im Verfahren entstehen, allein ein solcher entsteht auch in den übrigen Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich eine Abweichung im mündlichen Vorbringen von den schriftlichen Anträgen gestattet; dort, wie hier, muß die Besorgniß vor den Mehrkosten des

befugt sein, durch Veränderung der Anträge oder durch neue Anträge die Rechtskraft des andern Theils des Erkenntnisses anzugreifen? So weit darf man gewiß nicht gehn. Giebt Jemand durch die Stellung seiner Erklärung, die Berufung erheben zu wollen, deutlich zu erkennen, daß es seine Absicht sei, das Erkenntniß nicht ganz, sondern nur in einem Theile vor der Rechtskraft zu bewahren, so wird er nimmermehr hinterher die rechtskräftig gewordenen Theile im Wege der veränderten Antragstellung, nach Ablauf der Frist, anfechten können. Allein jene Absicht kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, wenn er einfach erklärt, gegen ein Erkenntniß die Berufung zur Hand nehmen zu wollen, und daran bestimmte Beschwerden knüpft, die sich nur auf einen Theil der Entscheidung beziehen. Hier ist die Erhebung der Berufung immer als gegen das ganze Erkenntniß gerichtet und dessen Rechtskraft in totum suspendirend zu betrachten, die Beschwerden selbst aber gelten nur als vorbereitende Bezeichnungen derjenigen Puncte, die in der Audienz vorkommen werden, ohne das Vorbringen andrer Beschwerdepuncte auszuschließen, vorausgesetzt, daß die Grundsätze des §. 203 über Veränderung der Klaganträge hier keine Anwendung finden.

regelwidrigen Vorbringens dawider schützen, daß dergleichen Regelwidrigkeiten nicht zu oft vorkommen.

Der erste Civilsenat des O.-A.-G., vor dem in zwei Sachen (Laurentius c. Hörden und Ahlbrecht c. Schüddekopf) die obige Frage unter den Parteien zur Contestation kam, hat am 12. April 1853 in beiden den zuletzt aufgeführten Gründen den Vorzug gegeben, also die Abänderung der schriftlichen Berufungsanträge in mündlicher Verhandlung für zulässig erklärt.

v. Düring.

---

7. Zu §§. 293, 394, 395, 397 und 399. (Eideszuschiebung. Sofortige Berufung.)

In einem Injurienprocesse war Klage und Widerklage angestellt. Kläger wollte thätlich beleidigt sein, was Beklagter läugnete, wogegen letzterer behauptete, bei dem nämlichen Vorfalle vom Kläger wörtlich injuriirt zu sein, was dieser jedoch entschieden in Abrede nahm. Ein erlassenes Interlocut legte beiden Theilen den Beweis ihrer thatsächlichen Behauptungen, die wörtlich in den Beweissatz aufgenommen wurden, auf. Kläger hatte seinen Beweis durch drei Zeugen angetreten, wogegen Beklagter einwendete, daß zwei derselben verworfen werden müßten, weil die Umstände, über welche sie aussagen sollten, völlig irrelevant seien. Beklagter trat den Beweis zur Widerklage durch Eidesdelation an und zwar dahin, — „er schiebe den Eid über die Negative des Beweissatzes zu und erbiete sich, für den Fall der Relation, die Worte desselben de veritate zu beschwören." — Kläger behauptete, daß, da der §. 293 der allg. bürgerlichen Proceßordnung vorschreibe, der Beweisführer habe den Eid in wörtlicher Fassung vorzulegen, Verklagter solches aber versäumt habe, die Eideszuschiebung als unstatthaft verworfen werden müsse.

Das amtsgerichtliche Erkenntniß hatte die angefochtenen zwei Zeugen als irrelevant verworfen, dagegen die Eidesdelation

für zulässig erklärt, die Formel desselben festgestellt und Termin zur Abnahme des eventuell acceptirten Eides anberaumt.

Kläger hatte dagegen beim Amtsrichter die Berufung angemeldet, mit der Bitte, das Rechtsmittel wenigstens ausnahmsweise als sofortiges zuzulassen und den Termin zur Eidesabnahme wieder aufzuheben, was geschehen war. In den Berufungsanträgen waren zwei Beschwerden aufgestellt,

1. daß die Zeugen verworfen,
2. daß die Eidesdelation als zulässig erkannt worden, ohne jedoch hiebei die festgestellte Formel an sich als fehlerhaft anzugreifen.

Bei der mündlichen Verhandlung ward dagegen ein auf Abänderung der Eidesformel gerichteter Antrag vom Kläger nachträglich für den Fall gestellt, daß der Eid an sich für zulässig gehalten werden sollte.

Verklagter wendete gegen die Berufung vorab die dilatorische Einrede der Unzulässigkeit ein, weil zwar §. 395, 2 der P.-O. eine sofortige Berufung gegen Verfügungen gestatte, durch welche die Formel eines Eides festgestellt werde, diese Vorschrift aber nicht zutreffe, da über die Art der Formulirung des Eides selbst sowenig in erster Instanz gestritten, als darüber in den Berufungsanträgen eine Beschwerde aufgestellt sei, und der desfalls nachgeholte Antrag in der mündlichen Verhandlung als mutatio libelli keine Berücksichtigung finden dürfe, — daß jedenfalls gegen die Verwerfung der Zeugen nur eine vorbehaltene, nicht aber sofortige Berufung stattfinde und auch §. 394 deren Zulassung nicht zu begründen vermöge, — und suchte eventuell auszuführen, daß die Berufung materiell unbegründet sei.

Die dilatorische Einrede ist jedoch vom Gerichte in der erstgedachten Beziehung verworfen. Man ging dabei von dem Gesichtspuncte aus, daß wenn der §. 395, 2 die sofortige Berufung gegen Verfügungen gestatte, welche die Formel eines Eides feststellen, es zwar nothwendig sei, daß der Inhalt der sofort erhobenen Berufung auch diese Feststellung betreffe, die Beschwerde eben darauf gerichtet sein müsse, daß der Eid festgestellt sei, — indem für die Berufungsinstanz überhaupt nur der angefochtene Theil eines Erkenntnisses, welcher allein den Gegenstand der als Klage zu betrachtenden Berufung bilde, (mit Aus-

nahme etwa nur des Falles des §. 393, nach welchem ausnahmsweise der Streitgegenstand im allgemeinen und nicht der Gegenstand der Beschwerde entscheidet,) Werth habe — §. 411; *) daß ferner zwar die Parteien in erster Instanz über den speciellen Inhalt des Eides nicht, sondern nur über die Zulässigkeit desselben überhaupt gestritten hätten; daß inzwischen der Streit implicite auch die Feststellung der Eidesformel und zwar in so fern betreffe, als behauptet werde, daß der Eid überall nicht habe formulirt werden dürfen, die Beschwerde demgemäß dahin gerichtet sei, die geschehene Formulirung des Eides an sich als unstatthaft zu verwerfen und daß das Gesetz darunter nicht unterscheide, ob die Formulirung im allgemeinen habe unterlassen werden, oder etwa nur in einzelnen Theilen anders ausfallen müssen. Uebrigens ist bei dieser Entscheidung auch das aus der Vorschrift des §. 295 sich darbietende argumentum e contrario, und der Umstand zur Erwägung gekommen, daß, werde die sofortige Berufung nicht zugelassen, dem Verklagten damit auch die Gelegenheit entzogen werden würde, die Ausschwörung des Eides, zu dessen Ableistung bereits Termin angesetzt worden war und werden mußte, da der Eid das Haupt- und alleinige Beweismittel zur Widerklage bildete — zu verhindern. Zwar würde für den Fall einer Relation des Eides die Aushülfe verbleiben, Berufung gegen das nach ausgeschwornem Haupteide abzulegende Enderkenntniß zu erheben, und dabei zur Beseitigung der Wirkungen des Eides auszuführen, daß der Eid nicht hätte abgenommen, vielmehr für unzulässig erkannt werden sollen; aber unzulässige Eide sind stets zu vermeiden (vergl. §. 437) und die vorgedachte Aushülfe findet nur statt bei eingetretener Relation des Eides, während sie bei Acceptation resp. Ausschwörung desselben undenkbar bleibt, und es immerhin sehr bedenklich sein würde, die Ableistung desselben in der Hoffnung oder Ueberzeugung zu verweigern, daß demnächst dessen Zuschiebung für unzulässig werde erklärt werden. Dagegen ist der dilatorischen Einrede in so weit stattgegeben, als sie dahin gerichtet war, die über die Verwerfung der Zeugen erhobene sofortige Berufung zurückzuweisen.

*) Vergleiche für die entgegengesetzte Ansicht den Aufsatz S. 108 — 110 dieses Hefts vom Herrn Dr. Friederici. Die Red.

Denn der §. 395 der P.-O. läßt nach Nr. 4. gegen andere Verfügungen, als unter den vorhergehenden Nummern 1—3 erwähnt worden, ſofortige Berufung nur dann zu, wenn das Geſetz ſie ausnahmsweiſe zuläßt und weder im §. 223 noch §. 256, in welchen eine derartige Beſtimmung zu ſuchen ſein würde, iſt eine ſolche getroffen, namentlich der Schlußſatz des letzten Paragraphen nicht der Art geſtellt, daß daraus ein ausreichendes argumentum e contrario für unſern Fall entnommen werden könnte, während freilich anderer Seits auch aus den Schlußworten des §. 274 wegen mangelnder par ratio für die Verwerflichkeit der ſofortigen Berufung kein zureichender Grund zu entnehmen ſein dürfte. Konnte hienach an ſich nur eine vorbehaltene Berufung ſtattnehmig erſcheinen, ſo entſtand die fernere Frage, ob darauf nicht ausnahmsweiſe ſchon jetzt in Gemäßheit der §§. 394 und 397 eingegangen werden müſſe.

Der §. 394 beſtimmt nämlich, daß die Ausführung der vorbehaltenen Berufung vorzunehmen iſt, bei Gelegenheit der gegen das Endurtheil, oder gegen die nächſte der ſonſtigen ſofortigen Berufung unterworfenen richterlichen Verfügungen, mit welcher jene (die vorbehaltene) Beſchwerde im entſcheidenden Zuſammenhange ſteht. Eine ſonſtige ſofortiger Berufung unterworfene richterliche Verfügung lag nun allerdings vor, nämlich in ſo fern, als in dem angegriffenen amtsgerichtlichen Beſcheide zugleich zur Widerklage die Eidesformel feſtgeſtellt war, aber ein entſcheidender Zuſammenhang dieſer letzteren mit der durch Verwerfung der Zeugen zugefügten Beſchwerde iſt nicht angenommen, weil der Umſtand, daß beide Verfügungen in einem Decrete enthalten ſind, wenn auch einen gewiſſen formellen, doch keinen entſcheidenden Zuſammenhang begründen kann, eben ſo wenig ein ſolcher ſich aus der materiellen Lage der Sache ergiebt, da von den zum Beweiſe verſtellten Thatſachen, obwohl ſie bei Gelegenheit eines und deſſelben Vorfalls ſich ereignet haben ſollen, eine jede unabhängig von der andern ſelbſtändig für ſich daſteht und getrennte Anſprüche begründet, ſomit auch die Entſcheidung über den Beweis der einen auf den Beweis der andern einen Einfluß zu äußern und dadurch entſcheidenden Zuſammenhang hervorzubringen nicht vermag. Ein anderes Reſultat würde etwa eingetreten ſein, wenn Kläger die behaup-

tete Realinjurie zugleich benutzt hätte, um darauf zur Widerklage eine Einrede der bereits stattgefundenen Retorsion zu gründen, indem Klage und Einrede in so weit stets in einem entscheidenden Zusammenhange stehen, als zu jenem, auch nach vollständig instruirtem desfallsigen Beweise, so lange nicht wird definitiv erkannt werden können, als auch der Beweis der Einrede seine Erledigung gefunden hat und dann die Sache gerade in der Lage gewesen sein würde, daß zwar der Beweis der Widerklage, aber nicht der der vorgeschützten Einrede der Retorsion vollständig instruirt gewesen wäre. Eine derartige Einrede hatte Kläger jedoch nicht opponirt; somit war auch kein entscheidender Zusammenhang der sofort geltend zu machenden resp. vorbehaltenen Beschwerde zu befinden.

Hienächst die Bestimmung des §. 397 der P.=O. betreffend, so war anzuerkennen, daß der Amtsrichter die angemeldete Berufung thatsächlich als sofortige zugelassen hatte, indem von ihm — conf. §. 414 — das weitere Verfahren sistirt und die Acteneinsendung an das Berufungsgericht verfügt worden war, jedenfalls ward es sehr zweifelhaft befunden, ob dieses Verhalten desselben lediglich auf die Berufung wegen stattgehabter Feststellung der Eidesformel bezogen werden könne, da namentlich auch die Vorladung des zugelassenen einen Zeugen sistirt worden war; es war ferner zu berücksichtigen, daß der zweite Absatz des §. 397 dem Richter im vorliegenden Falle kein Hinderniß darbot, der Berufung ausnahmsweise den Character einer sofortigen beizulegen, so wie endlich, daß nach §. 399 das Berufungsgericht nicht ermächtigt ist, eine derartige Verfügung des Amtsrichters zu beseitigen, wenngleich es gegen denselben dafür hält, daß der am Schlusse des ersten Absatzes des §. 397 versehene Fall nicht vorliegt. Inzwischen hielt man sich dennoch berechtigt, die Berufung als sofortige zu beseitigen, weil der §. 399 eine den Vorschriften des §. 397 formell entsprechende Verfügung voraussetzt, als Bedingung einer solchen aber aufgestellt wird, nicht allein, daß der Antrag auf Gestattung einer ausnahmsweise sofortigen Berufung vor Abgabe des mittelst der Berufung anzugreifenden Verfügung gemacht werde, sondern auch, daß der Richter zugleich mit der letzteren die Verordnung, daß sie ausnahmsweise sofortiger Berufung unterliegen

solle, auszusprechen hat, beides aber in substrato nicht geschehen, jener Antrag vielmehr erst nach Behändigung der beschwerenden Verfügung gestellt, folgeweise erst in einer späteren Verfügung demselben stattgegeben war, und dann eine Verfügung, die nicht in öffentlicher Sitzung und ohne den Gegner zu hören, erlassen ist, dessen Rechte aber mit betrifft, im Rechtssinne als eine solche überhaupt nicht betrachtet werden, somit in judicando, auch abgesehen von einer etwa dawider erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde keine Berücksichtigung finden kann.

Aus dem Obigen zeigt sich übrigens, wie wichtig es für das Interesse der Parteien ist, zeitig auf Stellung eines dem §. 397 entsprechenden Antrages Bedacht zu nehmen, z. B. in einem Falle, in welchem die Zulässigkeit der sämmtlichen zum Beweise in Vorschlag gebrachten Zeugen vom Produkten in Frage gestellt wird. Werden sie verworfen, so wird der immer eventuell zuzuschiebende (§. 293) Eid formulirt und Termin zur Ableistung desselben anberaumt werden müssen. Sofortige Berufung findet wegen Verwerfung der Zeugen nicht statt, weil die desfallsige Beschwerde die Formulirung des Eides nicht betrifft, — ist einmal der vielleicht von der Gegenpartei acceptirte Eid ausgeschworen, so wird es nach den §§. 290, 418 im 2. Absatze, 444, Nr. 1, 5 und 445, 2, 3 in der Regel wenigstens nicht thunlich sein, die Vernehmung der Zeugen, durch ein Rechtsmittel zu erwirken, — und wenn anscheinend auch der §. 394 Aushülfe darbietet, weil die zum Beweise der nämlichen Thatsache benutzten verschiedenen Beweismittel in so weit in einem entscheidenden Zusammenhange stehen dürften, als das Resultat des Einen bewirken kann, daß es des Andern möglicher Weise zur Entscheidung der Sache gar nicht bedarf, (z. B. können die Zeugen so pertinent aussagen, daß die Ableistung des Schieds- oder nothwendigen Eides überflüssig wird), so ist doch zu erwägen, daß die Ansichten über diesen Punkt getheilt sein können und es immer nur ein, nicht weiter anzufechtendes Erkenntniß ist, welches über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet.

Nach dem über die dilatorischen Einreden gefaßten Entschlusse war noch über die Hauptsache in so weit, als die Eidesdelation zugelassen, und über den nachgeholten Antrag auf Abänderung

der Eidesformel zu erkennen. In ersterer Beziehung ist jedoch die Berufung verworfen. Denn wenn gleich §. 293 fordert, daß der Eid in wörtlicher Fassung vorzulegen und auf die Thatumstände zu richten ist, welche dem Beweissatze gemäß ermittelt werden müssen, so ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß diese Verlegung durch Bezugnahme auf andere Stellen der Acten, sofern diese nur die zu ermittelnden Thatumstände wörtlich enthalten, geschehen kann, diese Bezugnahme war dadurch vorgenommen, daß Verklagter erklärt hatte, er schiebe den Eid über die Negative des Beweissatzes zu, zumal er sich daneben erboten, im Falle der Relation die Worte desselben de ventati zu beschwören, — und der Beweissatz hatte die Thatumstände wörtlich bezeichnet, deren Ermittelung zur Begründung der Widerklage her erforderlich erachtet wurden. — Verkannt wurde dabei allerdings nicht, daß Kläger etwa noch auf eine Beifügung des Beweissatzes als des relati, — wenn er z. B. das Interlocut verloren, dringen könne, aber eine für ihn dadurch entstehende Unvollständigkeit der vorgelegten Eidesformel war nicht behauptet und deßfallsige Anträge nicht gestellt; darauf also auch ex officio keine Rücksicht zu nehmen.

Endlich den in der mündlichen Verhandlung nachgeholten Antrag auf Abänderung der Eidesformel betreffend, — so ist dafür gehalten, daß der Mangel von Einwendungen gegen die Fassung des Eides in erster Instanz keinen Grund zur Abweisung der Berufung darbieten könne. Zwar sollen derartige als Beweiseinreden aufzufassende Einwendungen zufolge §. 294 bei Strafe des Ausschlusses sofort vorgebracht werden und würde, wenn ein Ausschluß durch Urtheil erfolgt wäre, nach §. 418 im 3. Absatze ein nachträgliches Vorbringen in der Berufungs-Instanz nicht stattnehmig sein; inzwischen ein solches Ungehorsams-Urtheil lag nicht in der Mitte, und so stand der Bestreitung der Form des Eides nach §. 418 im ersten Satze nichts im Wege. Dagegen hat aus einem andern formellen Grunde der Antrag auf Betreiben des Verklagten verworfen werden müssen. Nach §. 405 werden nämlich Berufungen wie Klagen nach Vorschrift der §§. 184 ff. erhoben und verfügt ferner §. 412: Das Berufungsverfahren richtet sich im Allgemeinen nach den Theil II. Titel 1, Abschnitt 1. 2 (§.184—342) er-

theilten Vorschriften. Unter diesen letzteren ist hier namentlich der §. 203 von Interesse. Er bestimmt, daß der Kläger im Laufe der mündlichen Verhandlung seine Klaganträge verbessern könne und für eine Verbesserung zu halten sei, wenn unter Beibehaltung der thatsächlichen Grundlagen des Hauptanspruchs das Vorbringen erläutert und näher oder richtiger bestimmt werde. Jede weitere Abweichung von den schriftlichen Klaganträgen (Klageänderung) berechtige dagegen den Gegner auf Zurückweisung derselben in angebrachter Maße zu dringen.

Der in den schriftlichen Berufungsanträgen geltend gemachte Hauptanspruch war, Beseitigung der verklagtischer Seits vorgenommenen Eideszuschiebung überhaupt, und die thatsächliche Grundlage desselben, die mangelhafte gegen die Vorschrift des §. 293 anstoßende Form, in welche diese Zuschiebung eingekleidet worden; — der in der mündlichen Verhandlung verfolgte Hauptanspruch dagegen, Abänderung der Worte des festgestellten Eides, also etwas Anders und zwar nicht blos ein minus, indem nicht nur ein Theil des Eides beseitigt, sondern andere Worte den auszuscheidenden substituirt werden sollten, — und die thatsächliche Grundlage solchen Verlangens, daß die der Eidesformel eingeschobenen Worte des Beweissatzes sich auf einen andern Theil dieses letzteren bezögen, somit beim wenigstens möglichen Ausfalle solchen Theils als referens sine relato unverständlich und undeutlich werden würden, welche Grundlage daher eben sowohl wie der Anspruch selbst von der früheren wesentlich abweichend erschien, weshalb denn auch dem auf Abweisung solchen neuen Antrags gestellten petito des Verklagten stattgegeben ward.*)

O.-G.-V.-D. v. Bobers zu Göttingen.

---

*) Vergleiche hinsichtlich der entgegengesetzten Ansicht über Abänderungen der Berufungsanträge den Aufsatz zu §. 203 der bürgerl. Proceß-Ordnung (oben S. 96—100.)

Die Red.

8. Zu §. 395, Nr. 2. (Feststellung der Eidesformel.)

Richterliche Verfügungen, welche die Formel eines Eides „feststellen", unterliegen der sofortigen Berufung, der Eid sei ein freiwilliger, ein nothwendiger, ein Schätzungs-Eid ꝛc.

Da das Beweisinterlocut der sofortigen Berufung nicht unterliegt, so ist es aus mehreren Rücksichten von der wesentlichsten Bedeutung, namentlich für den freiwilligen und nothwendigen Eid, darüber im Klaren zu sein, wann man eine solche „Feststellung" der Eidesformel vor sich hat, ob schon dann, wenn bei völliger Uebereinstimmung der Parteien über die Formel und über die Frage, ob der Eid de veritate zu schwören sei oder nur de credulitate ꝛc. — und der Richter dem in betreffenden Bescheide durch die Adoption der von den Parteien gewählten Formel seine Zustimmung giebt — oder ob eine „Feststellung" nur anzunehmen ist, wenn über die Eidesformel bei Disharmonie der Parteien durch eine richterliche Verfügung wirklich erkannt wird. Man möchte vielleicht anzunehmen geneigt sein, daß nur dann die sofortige Berufung Platz greife, wenn die Entscheidung über die Eidesformel selbst dazu Gelegenheit darbietet, wenn z. B. gegen die Anträge der Parteien oder einer derselben in Normirung der Eidesformel erkannt worden ist. Darauf wird man durch die Idee geleitet, daß nur in diesem Falle durch die Normirung eine Beschwerde zugefügt wird, während im andern Falle nichts geschieht, als was die Parteien beantragten. Inzwischen dürfte man bei näherer Erwägung zu der Ueberzeugung gelangen, daß diese Ansicht ein Anachronismus, ein Product des alten Rechtes ist. Das Gesetz selbst findet nämlich in der bloßen Normirung eines Eides durch den Richter, die „Feststellung" (§. 301). In diesem §. wird der Ausdruck „feststellen" (§. 395, Nr. 2) von der Normirung des nothwendigen Eides durch den Richter allgemein gebraucht, und läßt sich, sobald nur, wie auch beim freiwilligen Eide u. s. w. der Fall ist, wenigstens die richterliche Zustimmung zur Eidesformel ausgesprochen werden muß, allerdings sehr wohl sagen: daß auch damit die „Feststellung" der Eidesformel geschieht, weil dieser richterliche Act erst es ist, welcher die entscheidende Bestimmung trifft. Auch ist es, nach dem neuen Verfahren so wenig beim freiwilligen, wie beim nothwen-

digen Eide erforderlich, daß eben in der Formel des Eides eine Beschwerde liege, um die Berufung begründet erscheinen zu lassen. Diese kann vielmehr dadurch gerechtfertigt sein, daß das ganze Beweisinterlocut verfehlt, und damit der Eid irrelevant, die Formel also unwesentlich ist. So würde denn die Normirung des Eids durch den Richter, die „Feststellung" der Eidesformel (ganz abgesehen von dem Fall, daß in der Normirung selbst eine Beschwerde liegt) nur das Signal sein, den Schritt zu thun, der aus andern Gründen gegen die Eidesleistung selbst zur Hand ist, nemlich das Interlocut anzufechten. Für eine solche Meinung spricht zuvörderst der §. 301, nach dessen Bestimmungen es ganz gleichgültig sein muß, ob in der „Feststellung" der Formel des nothwendigen Eides eine Beschwerde liegt oder nicht. Es folgt hieraus und da man ohnehin bei Uebereinstimmung der Parteien über die Formel in dem die Anträge der Parteien billigenden Ausspruch des Richters sehr wohl eine „Feststellung" sehen kann, ja, da dieser Ausspruch wesentlich war, sehen muß, daß auch beim freiwilligen Eide in allen Fällen die Normirung durch den Richter die sofortige Berufung zu Wege bringt. Es tritt die Erwägung hinzu, daß damit überflüssigen Eiden vorgebeugt ist, welche nutzlos geleistet werden würden, wenn es thunlich wäre, noch nach ausgeschworenem Eide die Berufung zur Hand zu nehmen. Ferner kommt in Betracht, daß das Beweisverfahren stets im letzten Stadio sich befinden muß, wenn der Eid der Parteien — der freiwillige oder nothwendige — in Frage kommt. Es ist also dann an der Zeit, die sofortige Berufung zu Prüfung des Interlocuts zur Hand zu nehmen. Wo das nicht der Fall sein würde, z. B. beim Editionseide, ist die sofortige Berufung ausdrücklich vorgeschrieben (§§. 316. 325.). Auch würde ein Erkenntniß nach geleistetem Eide immer nur als ein purificirendes sich darstellen, gegen welches keine Rechtsmittel stattfinden. Endlich würde man noch auf die gemeinrechtliche Natur des zugeschobenen Eides, welcher als Vergleich angesehen wird, sich beziehen können. Gegen die obige Schlußfolgerung, soweit dabei namentlich die Rücksicht obwaltete, daß man überflüssige Eide habe verhindern wollen, würde freilich einzuwenden stehen, daß in einem Beweisverfahren abseiten der

Zeugen ꝛc. eine Menge von Eiden geſchworen werden können, welche nachgehends nutzlos werden, wenn die ſpätere Berufung durchdringt; allein dennoch möchten nach den Vorſchriften des Geſetzes die obigen Gründe durchſchlagen. Wer hier ungewiß iſt, muß ſtets die Formel des freiwilligen Eides ſtreitig zu machen ſuchen, ſo daß eine förmliche Entſcheidung erfolgen muß, dann kann die „Feſtſtellung“ nicht bezweifelt werden. Es würde das aber mehr ein Spiel ſein, was mit der Sache nicht verträglich iſt.

Dr. W. Friederici zu Hannover.

---

9. Zu den §§. 401. 434. 447. (Wahrung der Friſt für Rechtsmittel durch Behändigung der Anträge an die Gegner.)

Bei den verſchiedenen in der bürgerlichen Proceß-Ordnung vom 8. November 1850 geſtatteten, wider die gegneriſche Proceßpartei ſelbſt zu richtenden Rechtsmitteln, — Berufung, Nichtigkeitsbeſchwerde, und Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, — findet ſich in den §§. 401, 434 und 447 die übereinſtimmende Vorſchrift, daß ſie binnen der daſelbſt bezeichneten Friſten zu erheben ſind. Es werden daher innerhalb dieſer Friſten, von der ein derartiges Rechtsmittel verfolgenden Partei alle Handlungen vorgenommen werden müſſen, welche geſetzlich erforderlich ſind, den Act der Erhebung als vollendet erſcheinen zu laſſen. Fragt es ſich aber, welche Handlungen hiezu geſetzlich erfordert werden, ſo enthält die Proceß-Ordnung keine Vorſchrift, welche dieſelben im Einzelnen namhaft machte, vielmehr in den §§. 405 und 435 nur die gleichlautende generelle Beſtimmung, — jene Rechtsmittel werden wie Klagen nach Vorſchrift der §§. 184 ff. („wie jede andere Klage“ heißt es im §. 448 für die Reſtitutionsklage) erhoben und wird daher behuf Beantwortung der aufgeworfenen Frage die fernere Frage zu erörtern ſein, welche Handlungen vorzunehmen ſind, um Klage zu erheben. Die Erörterung dieſer Frage dürfte am zweckmäßigſten durch Vergleichung des Verfahrens im älteren Proceßrechte mit dem der Proceß-Ordnung von 1850 einzuleiten ſein.

Klage ist im processualischen Sinne das Mittel, ein Recht gegen einen Andern vor Gericht selbständig geltend zu machen, — und Erhebung derselben, derjenige Act oder die Handlung, welche dazu dient, das Mittel behuf Erreichung seines Zwecks in Wirksamkeit zu setzen, durch welche also der Richter veranlaßt wird, sich der Sache anzunehmen, und falls er das verfolgte Recht als ein solches anerkennt, demselben seinen Schutz angedeihen zu lassen, dasselbe dem Beklagten gegenüber zur Geltung zu bringen.

In dem älteren Proceßrechte war es die Einreichung der schriftlichen Klage beim Gerichte, oder die bewirkte Aufnahme der beim Richter mündlich angebrachten Klage zu Protokoll, welche, und zwar im einzelnen dazu geeigneten Falle, für sich allein, ohne weitere eigene Thätigkeit des Klägers ausreichte, jenen Erfolg, den Zweck der Klage herbeizuführen. Denn sobald solches geschehen, hatte der Richter, (§. 41 der U.=G.=O. von 1827) den Inhalt der Klage, resp. die für die Existenz des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechtes angeführten Gründe zu prüfen, falls diese Prüfung ein dem Kläger günstiges Resultat gewährte, die Klage zur Vernehmlassung mitzutheilen, auch selbst für die Insinuation der desfallsigen Verfügung Sorge zu tragen, (§. 43 eod.), die verhandelte Vernehmlassung entgegenzunehmen, diese wie die Klage zu prüfen und falls darin z. B. die in der Klage vorgebrachten Thatsachen eingeräumt und nur deren Relevanz bestritten, oder Einreden vorgetragen, letztere aber eben wie die gegen die Relevanz der Klage gemachten Einwendungen für unbegründet zu halten sein sollten, sofort in der Sache zu erkennen, (§. 48 eod.) und damit dem Kläger den erbetenen Schutz in seinen Rechten angedeihen zu lassen. In einem solchen Falle hatte dieser Kläger zu Erreichung seines Zwecks irgend eine andere Thätigkeit nicht zu entwickeln, als seine Klage dem Gerichte abzugeben.

In dem neuen Verfahren kann dagegen ein gleiches Resultat nur erst eintreten, mit der mündlichen Verhandlung der Klage in der dazu bestimmten öffentlichen Gerichtssitzung. Sämmtliche dieser vorangehenden Handlungen des Klägers, mag er dazu, wie im obergerichtlichen Verfahren verpflichtet, oder wie im amtsgerichtlichen Verfahren nur berechtigt sein, — §. 94 und 376 der

Proceß-Ordnung von 1852 — haben, wie es auch im allgemeinen der §. 92 der Proceß-Ordnung ausspricht, nur die Bestimmung, die mündliche Verhandlung vorzubereiten, sie sind, wenn es nicht zu letzterer kommt, durchaus ungeeignet, den Zweck einer Klage, Anerkennung des bestrittenen Rechts ab Seiten des Richters und die Gewährung des richterlichen Schutzes zu Gunsten des Klägers, irgendwie zu erfüllen.

Der Inhalt der Klageanträge stimmt freilich nach §. 184 bis 187 eod. mit dem der früheren Klage im Wesentlichen überein, denn die im §. 93 i. f. untersagte Rechtsausführung war bei der früheren Klage erlaubt, ja zweckmäßig, aber nicht durchaus erforderlich, inzwischen jene werden nicht beim erkennenden Richter eingereicht, sondern nur auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt (§. 143 der P.-O.). Der Zweck dieser Niederlegung geht nicht dahin, eine Prüfung der Sache zu veranlassen, falls die letztere ein der Absicht des Klägers günstiges Resultat gewährt, ein weiteres gerichtliches Verfahren anzuordnen und den Verklagten zu diesem Zwecke sub praejudicio vorzuladen, — es soll vielmehr der Vorsitzende nur den Sitzungstag bestimmen, an welchem die Parteien ihren Vortrag über die Sache halten, und es hat diese Bestimmung nicht die geringste Wirkung, wenn der Kläger nicht weiter thätig ist, die Mittheilung der Klage an seinen Gegner, die ihm, nicht dem Gerichte obliegt, (§. 118 eod.) unterläßt. Die Sache gelangt dann überhaupt nicht an das Gericht, von einer Entscheidung derselben kann folgeweise nicht die Rede sein, es ist, wenigstens für die Provinzen, in denen das Preußische Recht nicht gilt, nichts anderes, als wären die Klaganträge nie eingereicht gewesen.

Aber auch die vorgenommene Behändigung der Klaganträge an den Verklagten, so folgenreich diese Handlung sonst sein mag (§. 190 der P.-O.), führt nicht zu dem gewünschten Zwecke, vielmehr gehört dazu weiter, das Erscheinen des Klägers in der zur mündlichen Verhandlung der Sache bestimmten Gerichtssitzung und die Wiederholung des Inhalts der früher eingereichten und dem Verklagten zugestellten schriftlichen Klaganträge in derselben; — denn versäumt Kläger das Eine oder Andere, — so ist dem Gerichte im Gesetze nirgends die Pflicht auferlegt, nicht einst die Befugniß ertheilt, die Sache auf den

Grund der schriftlichen Klaganträge zu prüfen, und dem Kläger seinen Schutz angedeihen zu lassen, wenn es die Klagforderung für gerecht, die Verpflichtung des Verklagten für zweifellos erkennt; es hat vielmehr, lediglich aus dem Grunde, weil Kläger nicht erschienen, den Verklagten von der Instanz zu entbinden (§. 367 der P.-O.); selbst, wenn der Verklagte von dem durch das Nichterscheinen des Klägers begründeten Rechte, auf Entbindung von der Instanz anzutragen, keinen Gebrauch machen, im Gegentheile wünschen und fordern sollte, daß der Richter die Sache entscheide, — der Mangel eines Antrages des Verklagten überhaupt würde nach §. 155 dem Falle des §. 168. 2 der P.-O. gleichstehen, — ertheilt das Gesetz dem Verklagten das Recht nicht, solches verlangen zu können, vielmehr läßt die Bestimmung des §. 477, eben weil dieser Paragraph ein von dem regelmäßigen Verfahren abweichendes Ausnahme-Verfahren vor Augen hat, den Schluß zu, daß die im §. 367 gegebene Vorschrift die Regel bilden solle. Im älteren Verfahren war für einen Fall dieser Art im §. 53 der U.-G.-O. von 1827 das Recht des Verklagten ein ausgedehnteres, ihm war ausdrücklich die Wahl gestattet, auf Entbindung von der Instanz, oder auf Fortsetzung des Verfahrens zu dringen, der Kläger sogar im geeigneten Falle mit dem gänzlichen Verluste der Klage bedroht, indessen sind diese Vorschriften in die neue Proceß-Ordnung nicht übergegangen (vergl. §. 384). Hienach wird behauptet werden müssen, die die Erhebung der Klage bedingende Handlung ist die mündliche Verhandlung der Sache (§. 193 der P.-O.) alle derselben vorangehende Schritte des Klägers sind zwar erforderlich, um die Klage einzuleiten, inzwischen eine rechtliche Bedeutung haben sie selbständig nicht, sie erhalten letztere nur, wenn die Handlung, die sie vorbereiten sollen, wirklich erfolgt. Hieraus ergiebt sich zur Erläuterung der §§. 405, 435, 448 der P.-O.: Die dortgedachten Rechtsmittel sind als erhoben zu betrachten, sofern die betreffende mündliche Verhandlung rücksichtlich ihrer stattgefunden hat, früher aber auch nicht, alle derselben vorangehenden Handlungen dienen nur dazu, jenen Act vorzubereiten. Soll denselben eine ausgedehntere Wirkung beigelegt werden, so muß das Gesetz solches ausdrücklich verordnen. Eine derartige Verordnung dürfte sich übrigens im §. 190 der

P.-O. finden, in welchem von den Wirkungen der Behändigung der Klaganträge die Rede ist, und dieser Handlung die Wirkung der Rechtshängigkeit beigelegt wird. Ist der Begriff des Ausdrucks Rechtshängigkeit zwar nicht so umfassend, daß darin gefunden werden könnte, daß der Richter ohne Weiteres sich der Klage anzunehmen, sie zu prüfen und zu entscheiden hat, — denn das würde der Vorschrift des §. 367 widerstreiten, — so dürfte damit unstreitig so viel bezeichnet sein, daß mit dieser Handlung die Klage im allgemeinen als eingebracht, in judicium deducta, angesehen werden solle, — und dieses genügen, die Fristen für gewahrt zu halten, die für die Erhebung der Klage ꝛc. wie bei den Rechtsmitteln schon gesetzlich, oder wie bei der Provocation nach §. 495 im einzelnen Falle vom Richter gesetzt sind.

Ob nicht noch eine frühere Handlung, namentlich die Einreichung der Berufungsanträge, nach dem Gesetze als die entscheidende anzunehmen sei, ist übrigens mehrfach zweifelhaft befunden. Als Grund ist dafür angeführt, —

1. die in einzelnen Fällen an Unmöglichkeit gränzende Schwierigkeit, die Berufungsanträge innerhalb der vorgeschriebenen Frist zu behändigen, —

2. Einzelne Ausdrücke und Bestimmungen der Proceß-Ordnung selbst. —

Ad. 1. Die Niederlegung der Berufungsanträge auf der Gerichtsschreiberei ist einfach, sie bedarf keiner weiteren Mittelsperson, als höchstens des von der Partei anzunehmenden Anwalts, es kommt dabei vorzugsweise nur die Thätigkeit der Partei in Anschlag. Dagegen wird, um die Behändigung derselben zu bewirken, die vereinte Thätigkeit mehrerer Personen erforderlich, welche unabhängig von dem Einflusse der Partei dabei anzugreifen haben. — Der Gerichtsschreiber hat die schriftlichen Anträge dem Gerichtsvorsitzenden vorzulegen, dieser den Sitzungstag zu bestimmen und die Anträge müssen wieder zurück auf die Gerichtsschreiberei. Es hat die Partei, wenn der Gegner wie gewöhnlich nicht am Orte des Berufungsgerichts wohnt, die Anträge hienächst durch Post oder Boten dem betreffenden Gerichtsvoigt zuzusenden und dieser den Behändigungsact vorzunehmen. Kann die Sache schon auf der Gerichts-

ſchreiberei, durch den Gerichtsvorſitzenden verzögert werden, mit oder ohne Schuld des Einen oder Andern, — ſo iſt noch mehr bei der Ueberſendung der Anträge an den Gerichtsvoigt, der Behändigung an die Partei eine Verzögerung möglich, — man denke nur an Verluſt des Briefes auf der Poſt, Verhinderung der Kommunication durch Naturereigniſſe, plötzlich eintretende Krankheit oder Tod des Gerichtsvoigts u. ſ. w. — Es liegt nicht in der Gewalt der Partei, ſolche Hinderniſſe zu beſeitigen; Regreßanſprüche ſind meiſtentheils unzureichend, im Falle eines wirklichen casus nicht einſt vorhanden, und Wiedereinſetzung in den vorigen Stand iſt im Geſetze auch beim Vorhandenſein unüberwindlicher Hinderniſſe nicht geſtattet, mithin unzuläſſig (§. 156), ebenſowenig der betreffenden Partei ein Einſpruchsrecht beigelegt, ſomit auch dieſe Hülfe unſtattnehmig (§. 157) und eine Berufung, welche gegen die Verwerfung wegen verſäumter Friſt formell allerdings ſtattfindet (§. 395. [3] und 416), kann, da ſie materiell ungegründet ſein würde, keinen Nutzen gewähren.

Ob dieſe Gründe bei der Kürze der Berufungsfriſt von einem resp. zwei Monaten nicht geeignet ſein dürften, eine Abänderung der Proceß-Ordnung, wenigſtens für den Fall eines unabwendlichen Hinderniſſes, eintreten zu laſſen, kann dahin geſtellt bleiben, bevor ſolches geſchehen, liegt es nicht in der Macht des Richters, einen Einfluß zu geſtatten, der das Geſetz ſelbſt ihnen nicht beilegt.

Ad 2. Die Proceß-Ordnung enthält einzelne Beſtimmungen und Ausdrücke, welche dafür angezogen werden könnten, daß die Niederlegung der Berufungsanträge, zur Erhebung derſelben ausreichend ſei. — Dahin gehört:

a. Die Vorſchrift des §. 455 — „die Erhebung der Beſchwerde wider das Gericht erfolgt durch Ueberreichung der Beſchwerdeſchrift auf der Gerichtsſchreiberei des Gerichts, gegen welches die Beſchwerde gerichtet.“ Will man inzwiſchen hieraus eine Analogie entnehmen, ſo dürfte dieſelbe vielmehr die oben ausgeführte Meinung beſtätigen, weil bei der Beſchwerde wider das Gericht letzteres die Gegenpartei des Beſchwerdeführers bildet, die Niederlegung ſomit auf der Gerichtſchreiberei deſſelben eben der Act der Behändigung an den Gegner ausmacht, letz-

tere also auch hier vorgenommen werden muß, um die Erhebung zu bewirken. —

b. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes verfügt §. 443, — „die Erhebung erfolgt mittelst eines dem Vorsitzenden des Kassationssenats zu überreichenden Antrags." — Von einer Behändigung an das betreffende Gericht ist hier freilich nicht die Rede, da indessen dieses Rechtsmittel nur im öffentlichen Interesse vorgeschrieben, durch die Entscheidung desselben die Rechte irgend einer Partei nicht berührt werden, nicht einst verfügt ist, daß das Gericht, dessen Entscheidung das Rechtsmittel veranlaßt hat, mit seinen Gründen gehört werden soll, — so kann daraus irgend ein Grund für und wider die obangeregte Frage nicht entnommen werden.

c. Im §. 634 findet sich verordnet: „der Antrag auf Einräumung einer besseren Stelle ist als Klage anzusehen und gegen die bei der beantragten Aenderung des Prioritätsurtheils betheiligten Gläubiger zu richten. Er ist entweder schriftlich oder mündlich zu Protocoll bei dem Concursgerichte einzubringen." — Dann im §. 635: — „Nach Ablauf der festgesetzten Frist (§. 633) hat der Concursrichter binnen einer Woche einem Jeden der Gläubiger, wider welche eine Aenderung des Prioritätsurtheils in Anspruch genommen ist, die wider sie gerichteten Anträge abschriftlich mitzutheilen." — In diesem Falle wird daher eine Behändigung binnen der gesetzten Frist nicht erfordert, obwohl das Gesetz die Anträge als Klagen ansieht, vielmehr soll jene erst nach Ablauf derselben vorgenommen werden; inzwischen abgesehen davon, daß das Gesetz hier den Ausdruck — „Klage erheben" — wohl absichtlich nicht gebraucht, ferner sich die keineswegs gleichgültige Verschiedenheit findet, daß nicht die Partei, sondern der Richter die Mittheilung der Anträge vornehmen soll, — kann eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen nicht Platz greifen, weil die Proceßordnung sie augenscheinlich zu einem besonderen Zweck getroffen hat, nämlich zu dem Zwecke, wie solches der §. 635 ergiebt, damit sämmtliche Prioritätsstreitigkeiten zu gleicher Zeit instruirt oder entschieden werden, ein Zweck, der sich wenigstens am sichersten erreichen ließ, wenn auch die Behändigung nicht nach und nach von der interessirten Partei, sondern auf einmal und

zwar vom Richter selbst eingeleitet wird. — Es ist dies daher eine specielle Vorschrift, bei welcher die zur analogen Anwendung erforderliche par ratio fehlt. —

d. Der §. 160 besagt: — „Der Einspruch wird durch Mittheilung schriftlicher Anträge an den Gegner erhoben," — und hat daraus wohl gefolgert werden sollen, daß das Gesetz unter dem Ausdrucke erheben, an sich nur das Einreichen beim Gerichte verstehe, indem es im gegentheiligen Falle überflüssig gewesen wäre, der Nothwendigkeit der Mittheilung an den Gegner besonders zu erwähnen, sowie, daß beim Einspruche etwas Specielles verordnet worden, was daher bei der Klage, Berufung ꝛc., wegfallen müsse. Die letztere Argumentation beruht aber auf der willkührlichen Annahme, daß eine Ausnahme-Verfügung getroffen sei, sowie darauf, daß Einspruch als Gegensatz einer Klage gedacht und daraus Veranlassung zu einem argumento e contrario genommen wird. Einspruch ist aber durchaus kein Rechtsmittel, was der Klage als ein contrarium gegenüber steht und muß damit die Richtigkeit des Arguments selbst fallen. Hinsichtlich des ersterwähnten Schlusses ist dagegen zu berücksichtigen, daß der Ausdruck — erheben — kein selbstständiger feststehender ist, vielmehr nach demjenigen, was erhoben werden soll, sehr wohl verschiedene Handlungen in sich begreifen kann, es daher nicht nothwendig etwas Ueberflüssiges enthält, wenn in einem einzelnen Falle des Erhebens, in welchem es etwa dem Gesetzgeber besonders passend erscheinen mochte, ausdrücklich hervorgehoben wird, wodurch das Erheben bewirkt werden soll. Wichtig würde dieser Schluß freilich sein, wenn der §. 160 etwa dahin lautete — „der Einspruch wird wie eine Klage und durch Mittheilung ꝛc. erhoben" — das ist aber nicht der Fall.

e. Im allgemeinen dürfte anzunehmen sein, daß die Erhebung einer Klage auf gleiche Weise wie die einer Widerklage geschieht. Hinsichtlich der letzteren bestimmt aber der §. 14: „das Proceßgericht der Klage wird für die Widerklage unter der Voraussetzung zuständig, daß die Widerklage zugleich mit der Klagbeantwortung erhoben und im obergerichtlichen Verfahren, die die Widerklage bezielenden Anträge dem Kläger in Gemäßheit der Vorschrift des §. 191 mitgetheilt werden." — Der Paragraph spricht daher von einer Erhebung der Wider-

klage und daneben von einer Mittheilung der letzteren an den Gegner, subsumirt sonach anscheinend wenigstens die Mittheilung nicht unter den Begriff der Erhebung, sondern stellt beides als von einander verschiedene unabhängige Begriffe neben einander auf. Inzwischen verschwindet dieser Anschein, wenn berücksichtigt wird, daß der §. 14 bei der hervorgehobenen Bestimmung die Verschiedenheit des amtsgerichtlichen von dem obergerichtlichen Verfahren im Auge gehabt hat. Er verfügt nämlich, daß der Gerichtsstand der Widerklage begründet sein soll, wenn, — sc. im amtsgerichtlichen Verfahren, — die Widerklage mit der Klagbeantwortung erhoben wird, bestätigt also, daß die Erhebung erst durch Mittheilung geschieht, indem im amtsgerichtlichen Verfahren die Klagbeantwortung nur in dem zur mündlichen Verhandlung der Sache anstehenden Termine, also dem Gegner gegenüber vorgenommen wird, ohne daß Verklagter irgend verpflichtet ist, vorher einen vorbereitenden schriftlichen Antrag einzureichen (§. 376 ꝛc.) und schreibt dann für das obergerichtliche Verfahren vor, daß zu dieser nämlichen, also der in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen, Erhebung der Widerklage, noch ein Mehreres, sc. die Mittheilung des die Erhebung der Widerklage vorbereitenden schriftlichen Antrages in Gemäßheit der Vorschrift des §. 191, hinzutreten solle, um den gedachten Gerichtsstand zu begründen. Er ist daher weit entfernt davon anzuerkennen, daß die Erhebung der Widerklage schon durch Niederlegung der letzterwähnten schriftlichen Anträge auf der Gerichtsschreiberei vollzogen wird, hat vielmehr behuf Begründung des Gerichtsstands der Widerklage die nämlichen Erfordernisse aufgestellt, die nach der früheren Ausführung, an sich und ohne daß Rücksicht auf die Vorschrift des §. 190 genommen wird, zur Erhebung einer Klage für nothwendig erachtet sind. —

f. Im §. 505 findet sich die Bestimmung: „der Kläger darf die Besitz- oder die petitorische Klage, selbst nicht eventuell erheben oder verfolgen," — so daß man unter Erheben die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei und unter Verfolgen, alle übrigen Handlungen namentlich auch das Mittheilen verstehen könnte. Da letzteres aber eben so wohl dem Erheben zugezählt und das Verfolgen als mit der mündlichen Verhand-

lung beginnend angesehen werden darf, das Eine wenigstens eben so richtig resp. willkürlich wie das Andere ist, so wird auf den angezogenen Paragraphen kein Gewicht für oder wider gelegt werden können.

g. Beim Arrestprocesse ist im §. 516 dem Verklagten gegen den verhängten Arrest eine Gegenvorstellung gestattet und heißt es im zweiten Absatze desselben: „diese Gegenvorstellung wird durch eine dem Arrestkläger zuzustellende Aufforderung, an einem bestimmten Tage vor dem Arrestgerichte zu erscheinen ꝛc. erhoben." Die hier in dem Worte „durch eine dem Gegner zuzustellende" ꝛc. gegebene Erklärung des Ausdrucks „Erheben" ist der gleich, die bei Gelegenheit der Vorschriften über den Einspruch im §. 160 sich findet, somit nur das oben ad d Angeführte zu wiederholen. —

h. Ist nach dem früher Ausgeführten die Niederlegung der Klage auf der Gerichtsschreiberei ein Act, der für sich stehend keine rechtliche Folgen herbeizuführen im Stande ist, so kann es auffallend erscheinen, daß derselben dennoch im §. 668 (2) die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung durch Nichtgebrauch (Klageverjährung) beigelegt ist. Inzwischen erläutert sich solches dadurch, eines Theils, daß im Obigen nur davon die Rede gewesen, daß jener Act nicht genüge, eine Klage zu erheben, und diesem nicht entgegensteht, wenn ihm in anderer Beziehung gewisse Folgen zugestanden sind, andern Theils, daß §. 668 lediglich die Landestheile betrifft, in welchen die Preußische Gesetzgebung gilt, während für die übrigen Landestheile zwar nicht aus der Proceß-Ordnung, wohl aber aus §. 4 des Gesetzes vom 27. Julius 1852, die Anordnung eines Mahnverfahrens betreffend, sich ergiebt, daß die Unterbrechung der Verjährung nur erst durch Behändigung des auf den Klagantrag ergangenen Zahlungsbefehls geschehen soll, welcher Zeitpunkt dann mit den Vorschriften des §. 190 der B. P.-O. im Einklange steht.

i. Einiger Anhalt für die Beobachtung der Berufungsfrist läßt sich etwa auch aus den Vorschriften gewinnen, welche rücksichtlich anderer Fristen, in denen Klagen und sonstige Parteianträge erhoben werden müssen, gegeben sind. Eine derartige Frist tritt ein, in Folge angestellter Provocation, inzwischen enthält §. 495 hierüber keine besondere Bestimmung; ferner in

Folge gestatteten schriftlichen Verfahrens, in letzterer Hinsicht natürlich mit Ausnahme der Frist für Erhebung der Klage selbst, indem die Klage bereits vorliegen muß, ehe es zum schriftlichen Verfahren kommen kann. (§. 209 und 464.) Es besagt nun §. 470 — „die Wahrung der Fristen, (welche für die Verhandlung der Vernehmlassung ꝛc. Beweisantretung ꝛc. festgesetzt sind,) wird durch Ueberreichung der Schriften auf der Gerichtsschreiberei, nicht durch Mittheilung derselben an die Gegenpartei bestimmt." — Inzwischen ist diese Vorschrift gegeben für Fristen in einem außerordentlichen Verfahren, dem schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung und wie dieses Verfahren selbst ein Ausnahmeverfahren ist, wird man auch jene darin vorkommende Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten haben. Um so gewisser wird übrigens letzteres geschehen müssen, als bereits für das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren, welches zwar auch noch ein Ausnahmeverfahren ist, sich aber schon näher wie das oberwähnte dem regelmäßigen Verfahren anschließt, im §. 209 verordnet ist, daß die für nothwendig erachteten Schriften innerhalb der bestimmten Frist gewechselt, also mitgetheilt werden müssen, wenn darauf Rücksicht genommen werden soll. —

Es hat auch wohl

k. der §. 407 der P.-O. in den Kreis der obigen Streitfrage hineingezogen werden sollen, aber mit Unrecht, weil derselbe von der Berufungsfrist überall nicht, sondern von einer ganz anderen Frist, der des §. 189, handelt, binnen welcher der Berufende irgend eine Handlung nicht vorzunehmen hat, die vielmehr dem Gegner des letzteren von der Behändigung der Berufungsanträge an, bis zur mündlichen Verhandlung der Sache offen bleiben muß, um angehalten werden zu können, sich auf die Berufungsanträge zu erklären, oder um gegen ihn auf den Grund des §. 428 in contumaciam verfahren zu können. — Beide Fristen stehen in keinem andern Zusammenhange, als daß die Behändigung der Berufungsanträge den Anfangspunkt der zweiten Frist bildet, daß also, wenn jene Behändigung in den letzten Augenblicken der Berufungsfrist geschieht, der Endpunct dieser Frist mit dem Anfangspuncte der andern

zusammenfällt. Da dem Berufenen unstreitig das Recht zusteht, der Behändigung seiner Anträge bis zum letzten Augenblicke der Berufungsfrist Anstand zu geben, so hat er es damit allerdings in der Hand, den Anfangspunct der zweiten Frist bis zu diesen letzten Augenblicken zu verzögern, ein Mehreres steht aber aus dem Verhältniß beider Fristen zu einander nicht zu folgern, namentlich findet sich kein Anhaltspunct, welcher für die Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage wichtig werden könnte. — Etwa nur für den Vorsitzenden dürfte daraus der Wink zu entnehmen sein, bei der Anberaumung des Verhandlungstermin §. 143 darauf zu sehen, daß bis zu dem letzteren vom Ablaufe der Berufungsfrist, so weit er etwa davon Kenntniß hat, die in §. 189 erwähnte Zeit offen bleibt. Anderer Seits wird derselbe dadurch leicht gegen das Interesse des Berufenden verstoßen, der die Berufungsanträge vielleicht eben darum längere Zeit vor Ablauf der Berufungsfrist auf der Gerichtsschreiberei niederlegt, um den Anfangspunct der zweiten Frist möglichst zu verfrühen. —

Dagegen ist

1. die Vorschrift des §. 408 nicht unwichtig für jene Streitfrage in so fern, als gedachter Paragraph die Vollstreckung der mittelst der Berufung anzufechtenden Verfügung nur in dem Falle gehemmt sehen will, wenn die Behändigung der Berufungsanträge und zwar vor Ablauf der Berufungsfrist bewirkt ist, womit diese Wirkung jedenfalls der Niederlegung der Berufungsanträge auf der Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts, — oder der Anmeldung der Berufung bei der Schreiberei des Gerichts erster Instanz (§. 413) versagt wird. — Entscheidend ist freilich diese Vorschrift an sich nicht, weil sich neben Vollstreckung der beschwerenden Verfügung sehr wohl die weitere Fortführung der Berufung denken läßt; jene Vollstreckbarkeit würde dadurch nur zu einer vorläufigen werden, die die P.=O. mehrfach zugelassen hat. Auffallend ist dabei jedoch, daß die Proceß=Ordnung dieses Falles einer vorläufigen Vollstreckbarkeit nirgend gedenkt und hat solches allem Anschein nach darin seinen Grund, daß das Gesetz sich einen solchen überhaupt nicht als möglich gedacht hat. —

Ist nach dem Bisherigen nicht anzunehmen, daß in dem

Geſetze ſelbſt ſpecielle Vorſchriften u. ſ. w. vorkommen, welche der oben ausgeführten Meinung mit Sicherheit entgegenzutreten geeignet ſind, ſo iſt ſchließlich noch auf die Regierungsmotive aufmerkſam zu machen, mit welchen der Entwurf der Proceß-Ordnung unterm 14. Januar 1850 den Ständen zur Prüfung vorgelegt iſt. Es heißt darin, zu den §§. 405 — 407: „Die Berufung wird erhoben, wie die Klage, durch Behändigung der desfallſigen Anträge an den Gegner," — und ferner: „Die Berufungsanträge müſſen dem Gegner binnen einer beſtimmten Friſt, welche der §. 401 der Verſchiedenheit der Verhältniſſe entſprechend verſchieden feſtſetzt, behändigt werden" — und wie in dieſen den Motiven wörtlich entlehnten Sätzen die Abſicht der Regierung völlig deutlich ausgeſprochen iſt, ſo haben Stände nicht allein den vorgelegten mit dem publicirten Geſetze übereinſtimmenden Entwurf in den §§. 394 — 441 unverändert angenommen, ſondern auch in dem Erwiederungsſchreiben vom 9. Juli 1850 nichts angeführt, woraus irgend eine gegentheilige Anſicht ſich ergeben könnte. — Wenn übrigens dem erwähnten letzten Satze der Regierungsmotive weiter hinzugefügt wird:

„Eine noch größere Erweiterung der Berufungsfriſt des §. 401, wie ſie dem Code de procédure und andern Proceß-Ordnungen bekannt, mußte unſtatthaft erſcheinen, weil der Entwurf die Rechtskraft des Urtheils zur Vorausſetzung der Zwangs-Vollſtreckung macht, während jener auf Grund eines jeden Urtheils die Zwangsvollſtreckung zuläßt und dieſelbe durch Erhebung der Berufung nur ſuspendiren läßt. Mit Rückſicht auf dieſe Verſchiedenheit konnte der Entwurf aber auch ohne Bedenken beſtimmen, daß die Berufungsanträge eine beſtimmte Bezeichnung der einzelnen Beſchwerden enthalten ſollen (§. 405. 1.), denn die Berufungsfriſt bleibt dem Appellanten ganz frei, während die nach jenen Proceß-Ordnungen ins Leben tretende Zwangsvollſtreckung gar leicht auf eine erhebliche Verkürzung der Berufungsfriſt führt;" —

und dann den Worten: „denn die Berufungsfriſt bleibt dem Appellanten ganz frei," etwa der Sinn untergelegt werden will, daß weil dem Appellanten die Berufungsfriſt ganz frei bleiben ſolle, — auch bis zu dem letzten Augenblicke der-

selben die Berufung erhoben werden dürfe und daß, da die Behändigung mit der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei nicht zugleich geschehen könne, letztere genügen müsse, — so ist solches unrichtig. Denn eines Theils, wird davon nichts gesagt, daß die Frist ganz frei bleiben müsse, um die Erhebung nur zu beginnen, vielmehr wird im Allgemeinen die Erhebung der Berufung subintelligirt, auch ist, was zu dieser Handlung gehört, nicht hier, wohl aber unmittelbar vorher im Anfange des Absatzes bemerkt, und letzteres widerstreitet der gedachten Annahme; andern Theils ergiebt die Verbindung, in der jene Worte mit den unmittelbar vorhergehenden und folgenden Worten stehen, deutlich, daß sie nur den Rechtfertigungsgrund der in dem vorhergehenden Satze, „mit Rücksicht auf diese ꝛc.“ erwähnten Bestimmung des §. 405 Nr. 1 haben ausdrücken und damit ein Mehreres nicht gesagt werden sollen, als: Nach dem Code de procédure ꝛc. ist, weil danach jedes Urtheil sofort in Rechtskraft tritt und damit auch die Zwangsvollstreckung sofort droht, folglich die bedrohte Partei, um nur die Vollstreckung abzuwenden, die Berufung schleunigst erheben muß, keine Zeit vorhanden, die Berufungsanträge auch nur mit einiger Ausführlichkeit aufzusetzen, — anders dagegen beim Entwurfe. Die Rechtskraft tritt erst mit dem Ablaufe der Berufungsfrist ein, die ganze Zeit derselben bleibt ihm frei; mit andern Worten, während derselben zwingt ihn die Furcht vor Zwangsvollstreckung nicht, sich mit der Berufung zu beeilen, er hat daher Zeit genug, zu bedenken, welche Beschwerden ihm zugefügt sind, es hat deshalb auch kein Bedenken finden können, ihm im §. 405 (1) zur Pflicht zu machen, dieselben bestimmt zu bezeichnen und die denselben zum Grunde liegenden Thatsachen anzugeben. Hienach stehen die gedachten Worte mit den früher hervorgehobenen Sätzen nicht im Widerspruch und können nicht für das Gegentheil des in den letzteren enthaltenen deutlichen Ausspruchs angezogen werden.

v. Bobers.

Nachtrag der Redaction.

Ueber den Gegenstand des vorstehenden Aufsatzes, besonders die Bestimmungen der Bürg. Proceß-Ordnung §§. 401, 405, 406, 407 ꝛc. sind uns auch noch von andern Seiten Auf-

sätze mitgetheilt, von deren Aufnahme wir aber abstrahirt haben, weil sie mehr oder minder mit der obigen Begründung übereinstimmend, zu demselben Resultate gelangen.

Auch uns ist es nach Vergleichung sämmtlicher auf obige Frage Bezug habenden Bestimmungen der B. P.=O. nicht zweifelhaft, daß die im Vorstehenden vertheidigte Ansicht den Vorzug verdiene*), und sehen wir uns daneben im Stande, derselben durch Mittheilung einer in diesem Sinne im 2. Senate des K. O.=A.=Gerichts kürzlich abgegebenen Entscheidung ein vermehrtes Gewicht zuzuwenden.

Gleichwohl läßt sich die Gefahr dieser Ansicht für die Rechte der Parteien insofern nicht erkennen, als diese es nunmehr gar nicht weiter in der Hand haben, daß ihnen die Frist zur Berufung salvirt bleibe, sie müssen nämlich sich darauf verlassen, daß in allen denjenigen Fällen, wo eine Insinuation von Anwalt zu Anwalt nicht thunlich ist, die Gerichtsvoigte ihre Anträge zeitig der Gegenpartei insinuiren, ein Umstand, der um so erheblicher ist, als die B. P.=O. eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand selbst in dem Falle nicht statuirt, wo die Schuld des Versäumnisses lediglich die beim Gerichte fungirenden Personen trifft (vgl. hier §. 444, Nr. 3). Dies Bedenken trifft freilich weniger die Zweckmäßigkeit der im vorstehenden Aufsatze vertheidigten Berechnungsweise der Berufungsfrist, als vielmehr die übergroße Sparsamkeit des Proceßgesetzes bei der Einräumung der restitutio in integrum wider Versäumnisse im Processe, eine Sparsamkeit, deren Uebermaaß auch für andere Fälle recht dringend fühlbar wird.

In dem obenerwähnten am 17. Febr. 1853 vor dem O.=A.=G. zur Entscheidung gelangten Falle war außer der Anmeldung der Berufung nach §. 413 der B. P.=O. zwar eine Zustellung der Berufungsanträge geschehen, aber an einen noch nicht mit Vollmacht versehenen, blos vom Gerichte vorgeschlagenen Anwalt der Gegenpartei, wie denn selbst die Behändigung des angefochtenen Erkenntnisses auch nur an einen nicht mit Vollmacht versehenen, bisher nur der Partei vom Gerichte de-

*) Vergleiche auch Leonhardt, Justizges., zweite Auflage, Bd. II. S. 193, Not. 1.

nominirten Anwalt geschehen war; das O.-A.-G. hielt den letzteren Mangel durch die Verfolgung der Berufung geheilt; dagegen die Behändigung der Berufungsanträge an eine illegitimirte Person für bedeutungslos und so verlor die klagende Partei ohne Aussicht auf eine Remedur einen Proceß, in dem es sich um den Besitz eines sehr wichtigen Rechts des Landes Wursten zum ausschließlichen Muschellesen auf den Wurster Watten handelt und zwar in Folge eines sehr verzeihlichen, vielleicht gar nicht einmal der Partei zu imputirenden Versehens bei der Behändigung der, vielleicht in aller Maaße begründeten Berufungsanträge. — Das fragliche Erkenntniß des O.-A.-G. vom 17. Febr. lautet, wie folgt:

„Im Namen Georg V. von Gottes Gnaden Königs von Hannover ꝛc. hat auf die Berufung der Landesvorsteher und Vollmachten des Landes Wursten, Kläger, gegen die (9) Schiffer ꝛc. zu Grünendeich ꝛc. Beklagte, der zweite Senat des K. O.-A.-G. folgendes Urtheil, an dessen Entscheidung der Präsident v. d. Osten und O.-A.-R. v. Wersebe, Rudloff, Meder und v. d. Wense Theil genommen, beschlossen und in öffentlicher Sitzung am 17. Febr. 1853 verkündigt:

Durch das Erkenntniß des großen Senates des Obergerichtes zu Lehe vom 16. Novbr. 1852 ist der von den Klägern impetrirte Arrest wieder aufgehoben und die von ihnen erhobene Besitzklage als unbegründet zurückgewiesen, gleichzeitig sind beiden Theilen Obergerichts-Anwälte, und zwar den Klägern der O.-G.-Anwalt Uler, Beklagten der O.-G.-Anwalt Dr. Joppert mit der Anklage beigeordnet, diese oder andere mit genügender Vollmacht zu versehen.

Kläger haben gegen dieses Erkenntniß, welches für sie dem O.-G.-Anwalt Uler am 23. Nov. 1852 behändigt ist, die Berufung zur Hand genommen und ihre desfallsigen Anträge am 18. Januar 1853 dem O.-G.-Anwalt Dr. Joppert behändigen lassen.

Nachdem Kläger bei der mündlichen Verhandlung den darin enthaltenen Schlußantrag wiederholt, haben Beklagte die Unzulässigkeit der Berufung im Wege verzögerlicher Einreden geltend gemacht und ihren desfallsigen Antrag darauf gerichtet,

die Berufung als unzulässig unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten zu verwerfen,

indem sie diesen Antrag darauf gründen, daß in diesem Falle die Berufungsanträge der Partei zu behändigen gewesen, eine Behändigung an die Partei gleichwohl innerhalb der Berufungsfrist nicht erfolgt sei.

Dem gedachten Antrag ist von den Klägern widersprochen und zwar, weil die Berufungsfrist nicht für die Behändigung der Berufungsanträge vorgeschrieben sei, wenn aber auch solches angenommen werde, die Behändigung an den Dr. Joppert den gesetzlichen Vorschriften genüge, jedenfalls endlich ein Ablauf der Berufungsfrist nicht vorliege, indem deren Beginn eine hier nicht erfolgte Behändigung des angefochtenen Erkenntnisses an die klägerische Partei voraussetze.

Da nun nach §. 406 der B. P.-O. die Berufungsanträge der Partei behändigt werden mußten, dieselben innerhalb der gesetzlichen Frist aber nur dem von dem O.-G. zu Lehe den Beklagten beigeordneten Anwalt Dr. Joppert behändigt sind, welcher als ein von den Beklagten bestellter Proceß-Vertreter im Sinne des §. 33 des gedachten Gesetzes nicht betrachtet werden kann, im Uebrigen darauf, daß die Behändigung des Erkenntnisses vom 16. Novbr. 1852 an Kläger gleichfalls nicht persönlich erfolgt sei, bei der, der klägerischen Berufung als Grundlage dienenden Voraussetzung der gehörigen Behändigung desselben nichts ankommt,

so wird die Berufung unter Verurtheilung der Kläger in die dadurch erwachsenen Kosten als unzulässig verworfen."

---

10. Zum §. 478. (Folgen des Ungehorsams des Beklagten im Executiv-Proceß.)

In der Executivklage Meister uxor contra Ludolph sah der große Senat des Obergerichts Göttingen, als der Beklagte im Verhandlungstermin ungehorsam entblieben war, der Kläger aber den Ungehorsam desselben anklagte, von dem angetretenen Beweise ganz ab, indem er annahm, daß beim Ungehorsam des Beklagten der thatsächliche Klaggrund als zugestanden angenom-

men werden müsse, und es also nun auf den angetretenen Beweis nicht mehr ankomme. Er wandte den §. 368 der B. P.-O. an, verfuhr ganz nach den Regeln, die im Falle ungehorsamen Entbleibens des Beklagten für das ordentliche Verfahren gegeben sind. Mir scheint diese Ansicht unrichtig.

Vorerst einige Worte über das Wesen des Executiv-Processes der B. P.-O. Die Regierungsmotive der P.-O. von 1847 sprechen es aus, daß der Entwurf die Grundsätze des gemeinen Rechts über Executiv-Proceß adoptirt habe. Die B. P.-O. enthält über denselben materiell dieselben Bestimmungen, wie jenes derogirte Gesetz. Nur die äußere Art zu procediren ist durch die verschiedene Prozeßform geändert. Auch die Eingangs-Bestimmung (§. 478) „der Executiv-Proceß ist zulässig, wenn" — deutet auf ein Ergänzen unseres Executiv-Prozesses aus dem gemeinen Rechte hin. Das Gesetz setzt den Begriff des Executiv-Processes voraus, bestimmt Einzelnheiten aus demselben. Der Executiv-Proceß des gemeinen Rechts, folgeweise der der B. P.-O., ist nun keine bloße Anticipation*) des Beweises, kein bloßes Verkürzen und Beschleunigen des ordentlichen Verfahrens; der Unterschied liegt tiefer, in der materiellen Unvollständigkeit der Cognition. Der Executiv-Proceß ist eine Klage aus dem pactum executivum, das der Urkunde, aus welcher geklagt wird, entweder beigefügt ist oder fingirt wird, (vergl. Briegleb, Gesch. des Executiv-Processes.) Der Executiv-Proceß berührt seinem ganzen Wesen nach, da er nur eine vorläufige Realisirung des Klaganspruchs aus der causa principalis bezweckt, diese selbst gar nicht; diese wird gar nicht in judicium deducirt. Angegeben muß sie freilich sein, und zwar muß die Angabe nicht bloß so sein, daß sich die causa debendi errathen läßt, wie Bayer, summar. Proc. S. 100 Nr. 4 will, damit dem Richter eine gewisse Garantie der Rechtmäßigkeit des vorläufig realisirten Anspruchs gegeben ist. Dem an gewisse Bedingungen geknüpften Angriffssysteme des Klägers analog, ist

*) Wäre er dies, so müßte der Kläger im Nachverfahren (§. 486) mit allen andern Beweisen ausgeschlossen sein: der Beklagte verlöre, wenn nicht alle Einreden, sofern er nicht wenigstens eine (§. 486 princ.) vorgeschützt, doch immer den directen Gegenbeweis.

auch die Vertheidigung des Beklagten beschränkt; so sind seine peremtorischen Einreden nur Entscheidungsmotive, materiell wird über dieselben noch gar nicht erkannt, da der Proceß nicht auf endliche Entscheidung eines Rechtsverhältnisses abzielt. Im Wechselproceß, den die Regierungsmotive „einen beschleunigten Executiv-Proceß" nennen, hat unsere Legislation jenes Princip deutlich anerkannt; die Wechselurkunde ist nicht blos Beweismittel, sondern erstes Erforderniß der Wechselklage, der Wechselstrenge, die nicht blos in der Wechselhaft zu suchen. (Thöl, Handelsrecht, II. S. 554 ff.)

Im gemeinen Proceß wird im Executiv-Proceß der Beklagte vom Richter unter dem Präjudiz geladen, daß im Falle des Ungehorsams die Urkunden für anerkannt angenommen würden, und er mit seinen zulässigen Einreden ausgeschlossen werden solle. Bayer, summar. Proc. S. 103.

Unsere Proceß-Ordn. kennt ihrem ganzen Wesen nach, diese Art Präjudize zu stellen nicht; das Gesetz hat die Folgen des Ungehorsams normirt. Im ordentlichen Verfahren greift, bei Ungehorsam des Beklagten, der §. 368, im ersten Verfahren Platz. Dieser kann im Executiv-Proceß nicht angewandt werden, weil er die Pflicht eines Einlassens auf die causa einer Klage zur Voraussetzung hat, diese Pflicht im Executiv-Proceß aber gar nicht besteht. Die B. P.-O. hat auch nirgends eine solche Einlassung vorgeschrieben. Pflicht des Beklagten ist es, sich auf die Urkunden, und über etwa zugeschobene Eide zu erklären, und da finden dann im Ungehorsamsfalle die dahin einschlagenden Bestimmungen des Beweisverfahrens Anwendung. Der §. 459, welcher bestimmt, daß die der eigenthümlichen Natur der einzelnen außerordentlichen Verfahrungsarten nicht entgegenstehenden Vorschriften aus dem ordentlichen Verfahren auch für jene Anwendung finden sollen, weis't doch gewiß nicht mit zwingender Nothwendigkeit auf den §. 368 hin, so daß dies der Ungehorsamsparagraph κατ' ἐξοχήν wäre. Auch die Bestimmungen über Beweisverfahren enthalten Vorschriften über Ungehorsam, (§§. 329, 289, 290, 327) wenn er auch hier „Versäumung" genannt wird. In Folge dieser Pflicht des Beklagten, werden bei seinem Ungehorsam die Urkunden für anerkannt

angenommen, falls ihm nach §. 329 die Pflicht, sie anzuerkennen, oder zu diffitiren obliegt, oder dieselben öffentliche sind; so wie die zugeschobenen Eide für verweigert gehalten. Außer jener Pflicht hat der Beklagte das Recht, zulässige Einreden vorzubringen: mit diesen wird er sonst ausgeschlossen. Stützen die solchergestalt gewonnenen Thatsachen die Executivklage nicht genügend, so ist sie „angebrachter Maßen abzuweisen." So bestimmt §. 481 a linea 3: „stellt sich die Einrede der unzulässigen Proceßart als begründet dar, so ist die Klage angebrachter Maßen abzuweisen" und §. 344: „in dem Urtheile muß über die Zulässigkeit der Klage entschieden werden." Unter dieser „Einrede" versteht das Gesetz nur Einwand; sie ist nichts als eine Rechtsdeduction; der Richter hat sie ex officio zu berücksichtigen, jura novit curia. Der Executiv-Proceß, die darin geforderte sofortige Beweisantretung durch Urkunden, würde, wenn der §. 368 im Ungehorsamsfalle des Beklagten in Anwendung käme, zur bloßen Farce werden. Folgeweise mußte man dahin kommen, ein Ungehorsamsurtheil für sofort vollstreckbar zu erklären, wenn nur der Kläger seine Klage, ohne jeglichen Urkundenbeweis, Executivklage genannt hätte. Der Einwand, der Kläger stelle sich sonst im Executiv-Proceß bei Ungehorsam des Beklagten schlechter als im ordentlichen Verfahren, ist unbegründet. Ist seine Executivklage gehörig substantiirt, so erlangt er mehr damit, als mit einer ordentlichen, — ein sofort vollstreckbares Urtheil; ist sie es nicht, so ist es gar keine Executivklage, was er vorher hätte bedenken sollen.

A. Leopold.

VI.

Bemerkungen zur Straf=Proceß=Ordnung vom 8. November 1850.

Vom Herrn Obergerichts=Aſſeſſor Haſenbalg zu Nienburg.*)

I. Zu §. 38 Abſatz 2. (vergl. §. 1).

a. Iſt die Staatsanwaltſchaft befugt, die an und für ſich zuläſſige öffentliche Klage nicht zu erheben, wenn überwiegende Gründe dafür vorhanden ſind, daß die Erhebung derſelben, ſei es, weil ein Thäter nicht zu ermitteln iſt, ſei es, weil die Staatsanwaltſchaft nicht hoffen darf, den der That Verdächtigen zu überführen, ohne Erfolg bleiben, d. h. einen nur auf Einſtellung des Verfahrens gerichteten Rathskammerbeſchluß zur Folge haben würde? Oder muß auch in dieſen Fällen die öffentliche Klage erhoben werden, damit die Rathskammmer die Einſtellung des Verfahrens verordne? Es ſcheint mir unbedenklich, der Staatsanwaltſchaft jene Befugniſſe zuzugeſtehen. Wie wünſchenswerth es aus allgemeinen Gründen iſt, ihr dieſes Recht zu gewähren, bedarf kaum der Erwähnung. Zu welcher Beläſtigung des Unterſuchungsrichters und der Rathskammer würde es führen, wenn in Bezug auf jede Strafgeſetzübertretung, auch wenn vorausſichtlich die Unterſuchung ohne Erfolg bleiben muß, ihre Thätigkeit in Anſpruch genommen wird! Welche Vergrößerung des geſammten Geſchäftsbetriebes!

*) Eingeſchaltet ſind einige vom Herrn O.=G.=Rath und Staatsanwalt G. v. Düring zu Hannover mitgetheilte Entſcheidungen der Strafkammer des Obergerichts zu Hannover; ſo wie einige des Celler Caſſationshofes.

Kann aber der Staatsanwaltschaft jene Befugniß ohne Gefahr zugestanden werden? Sicherlich, wenn man erwägt, daß die Entscheidung der ungleich wichtigern Frage: ob unbedingt ein Strafgesetz übertreten ist, allein ihr überlassen ist. Wie viel eher wird ihr darüber ein Urtheil zu gestatten sein, ob eine objectiv begründete öffentliche Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann, oder, weil jede Aussicht auf Erfolg fehlt, besser unerhoben bleibt. Wie viel leichter wird man geneigt sein, sie zu dieser Entscheidung für befugt zu halten, wenn man nicht unbeachtet läßt, daß ja eben ihre Thätigkeit vorzugsweise zu dem Erfolge beitragen muß! Die Staatsanwaltschaft erfüllt ihre Aufgabe vollständig, wenn sie jeder Strafgesetzübertretung nachforscht und namentlich, wenn der Thäter nicht zu erforschen war, für die Feststellung des objectiven Thatbestandes sorgt, im Uebrigen aber die öffentliche Klage nicht erhebt, sondern die Sache bis zum Hervortreten neuer Verdachts- oder Ueberführungsmomente auf sich beruhen läßt.

Entspricht aber dieses Verfahren den gesetzlichen Vorschriften? Im §. 38 Absatz 2 ist bestimmt, daß die Staatsanwaltschaft in jedem einzelnen Falle selbst zu prüfen habe, ob die Erhebung der öffentlichen Klage **zulässig** sei. Nach dem Ergebniß dieser Prüfung wird sie die öffentliche Klage erheben, oder unerhoben lassen. Es scheint mir keinem Bedenken zu unterliegen, daß die öffentliche Klage als eine nicht zulässige und demnach nicht zu erhebende auch dann zu betrachten ist, wenn wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit ihre Nichterhebung dem öffentlichen Interesse entspricht. Daß der Gesetzgeber sich den Fall der Nichterhebung der an sich begründeten öffentlichen Klage als einen zulässigen gedacht hat, ergiebt der §. 1. Dort ist gesagt: „Jede Uebertretung eines Strafgesetzes erzeugt eine öffentliche — — Klage, welche, wenn nicht die Strafbarkeit — — ausgeschlossen oder getilgt ist oder Abolition erfolgt, vor dem zuständigen Strafgerichte verfolgt werden **kann**."

b. Ist die Oberstaatsanwaltschaft bez. die Staatsanwaltschaft bei den Obergerichten befugt, ein von dem untergeordneten staatsanwaltschaftlichen Beamten eingelegtes Rechtsmittel fallen zu lassen? — Die Beantwortung dieser Frage mag zweifelhaft sein; überwiegende Gründe scheinen jedoch ihre Verneinung zu

fordern. Die allein entscheidende gesetzliche Vorschrift findet sich im §. 38 Absatz 2. Dort ist bestimmt, daß die Beamten der Staatsanwaltschaft, so viel die Verfolgung von Rechtsmitteln betrifft, den Befehlen der vorgesetzten Behörde unterworfen sind. Was heißt „Verfolgung"? Sind die höhern Behörden nur berechtigt, die Einlegung von Rechtsmitteln vorzuschreiben, oder sind sie auch befugt, das eingelegte Rechtsmittel zurückzunehmen?

Es scheint, als ob nur das Erste durch den Ausdruck „Verfolgung" hat bezeichnet werden sollen. Denn bleibt man zunächst bei dem strengen Wortsinn stehen, so ist Fallenlassen eines Rechtsmittels nicht ein Act der Verfolgung desselben, sondern entschieden ein Act des Nichtverfolgens. Dies Argument möchte indessen nicht schwer in die Wagschale fallen. Entscheidender wird die Hinweisung auf die Schlußbestimmung im zweiten Absatz des §. 38 einwirken. Die ergiebt, daß der Gesetzgeber das Wort „Verfolgung" nicht in seiner weitesten Bedeutung genommen hat, auch selbst dann nicht, wenn man bei dem Begriff „der Geltendmachung" des Rechtsmittels stehen bleibt. Denn auch in dem Falle, wenn in Folge höherer Vorschrift das Rechtsmittel geltend gemacht wird, kann der geltendmachende (verfolgende) staatsanwaltschaftliche Beamte seine auf Verfolgung gerichtete Ansicht aussprechen und demgemäß seine Anträge stellen. Die Verpflichtung zur „Verfolgung" beschränkt sich mithin auf die Erhebung des Rechtsmittels und die Vorbereitung zur Entscheidung über dasselbe. Die entgegenstehende Ansicht wird zunächst dem Ausdrucke „Verfolgung" eine generelle Bedeutung vindiciren. Sie wird auch mit Recht darauf hinweisen dürfen, daß der ganze staatsanwaltschaftliche Organismus auf dem Verhältniß von Gehorchenden zu Befehlenden beruht; allein das Gesetz selbst setzt dem Befehle Schranken, und die Frage ist hier eben die, ob die Vorschrift, ein eingelegtes Rechtsmittel aufzugeben, innerhalb oder außerhalb jenen Schranken liegt.*) Daß der betreffende höhere staatsanwaltschaftliche Beamte, dessen

*) Müßte aber nicht, wenn hier eine Ausnahme von dem Organismus der Staatsanwaltschaft, wie ihn der §. 58 des Organisations-Gesetzes hinstellt, hätte gemacht sein sollen, dies mit ausdrücklicheren Worten geschehen sein? Die Red.

Aufgabe die Vertretung des eingelegten Rechtsmittels ist, bei der Verhandlung seine abweichende Ansicht darlegen und die Verwerfung desselben beantragen kann, versteht sich von selbst. Die Frage ist nur die, ob er durch seine Erklärung das Rechtsmittel aufgeben zu wollen, verhindern kann, daß dasselbe in das Stadium der Verhandlung vor dem erkennenden Richter gelange. Man wird auch darauf einiges Gewicht legen dürfen, daß die hier bekämpfte Auffassung zu Resultaten gelangt, welche in der That erwünschte nicht genannt werden können. Die Staatsanwaltschaft bei den Obergerichten hat, um Berufung gegen einen Rathskammerbeschluß einzulegen, nur eine 24stündige Frist. Sie kann innerhalb dieser Zeit die Ansicht der Oberstaatsanwaltschaft nicht erfahren, und sie muß deßhalb das Rechtsmittel einlegen, ohne zu wissen, ob die höhere Behörde die Einlegung billigt. Die Einlegungsverhandlungen müssen innerhalb 3 Tagen dem Beschuldigten zugestellt werden, und es ist mithin auch dann nur in den seltensten Fällen möglich, die Ansicht der höhern Behörde zu kennen. Wird das Rechtsmittel von der höheren Behörde aufgegeben, nachdem alle diese, die Entscheidung vorbereitenden Schritte geschehen sind, so liegt es zu Tage, daß dies auf die Stellung der Staatsanwaltschaft sowohl dem Gerichte, als auch dem Beschuldigten gegenüber nicht von erfreulichem Einflusse sein kann. Der Fall wird indessen, nachdem er einmal eingetreten ist — und dies ist vielleicht die bedenklichste Seite der entgegenstehenden Auffassung —, kaum öfter eintreten.

II. Zu den §§. 40, 204, 134 und 199 mag hier eine von der Strafkammer des K. Obergerichts zu Hannover auf Berufung der Staatsanwaltschaft in der Polizeistraffache wider den Handelsmann Bach wegen unbefugten Hausirens getroffene Entscheidung eingeschaltet werden, des Inhalts:

Wenn auch nach den §§. 40 und 204 Absatz 3 und 8 der Straf-Proceß-Ordnung bei Polizeiübertretungen die Civilpartei ohne Beitritt der Staatsanwaltschaft zur selbständigen Erhebung und Verfolgung der öffentlichen Klage befugt ist, so steht doch nach der ausdrücklichen Bestimmung der §§. 134 und 199 der Straf-Proceß-Ordnung fest, daß für das Verfahren über die von der Civilpartei erhobene Klage die Gegenwart der Staats-

anwaltschaft bei den Verhandlungen eben so erforderlich ist, wie die des Gerichtschreibers und der erkennenden Richter und daß ein in Abwesenheit derselben Statt gefundenes Verfahren als nichtig zu betrachten ist.

III. Zu §. 41 (vergl. §§. 54, 76 Absatz 3 — 112 Absatz 3.)

Wenn die Staatsanwaltschaft ohne gleichzeitig eine Beschuldigung zu erheben in Bezug auf bestimmte Thatsachen die Einleitung einer Voruntersuchung zur Aufklärung beantragt, muß in diesem Antrage das Verbrechen bestimmt hervorgehoben werden, auf dessen Ermittelung die Voruntersuchung gerichtet werden soll? — Gewiß nicht. Es muß genügen, wenn Thatsachen (Handlungen oder Unterlassungen) bestimmt angegeben sind, in welchen ihrer äußeren Erscheinung nach eine Gesetzesübertretung in irgend welcher Richtung hin enthalten ist. Die Staatsanwaltschaft ist nach Lage der Sache ein Mehres auszusprechen nicht im Stande; sie würde ins Blaue hinein Ansichten aufstellen, welche in dem zur Zeit Ermittelten eine Begründung nicht finden, und nicht finden können. Eben die Ermittelungen, auf deren Vornahme sie ihren Antrag gerichtet hat, sollen sie in den Stand setzen, später eine feste und rechtlich zu begründende Ansicht auszusprechen. Wie wäre dies z. B. in einer Mehrzahl von Fällen möglich, ohne den Thäter zu kennen; ohne beurtheilen zu können, in welcher Absicht und unter welchen Umständen die Handlung von ihm vorgenommen ist! Daß eine bestimmte juristische Beurtheilung der Sache, wie sie in der Angabe eines bestimmten Verbrechens stets enthalten ist, erst zu einer spätern Zeit von der Staatsanwaltschaft ausgesprochen werden soll, ergiebt die Vorschrift im §. 76 Absatz 3 und vorzugsweise im §. 112 Absatz 3. Wie wenig der Gesetzgeber auch bei den eine Beschuldigung nicht enthaltenden Anträgen die Bezeichnung eines bestimmten Verbrechens erfordert, ergiebt der flüchtigste Anblick von §. 41. Dort ist ausdrücklich als eine für die Erhebung der öffentlichen Klage zulässige Form der Antrag hervorgehoben, in Betreff einer bestimmten That Nachforschungen anzustellen. Wenn aber auch anerkannt wird, daß die Benennung eines bestimmten Verbrechens erst möglich ist, nachdem vielleicht sehr umfassende Nachforschungen

angestellt sind, wird man nicht verlangen dürfen, daß diese zur Beurtheilung nothwendigen Voraussetzungen von den staatsanwaltschaftlichen Beamten, und nicht von dem Untersuchungsrichter vorgenommen werden? Ich glaube nicht. Die Straf-Proceß-Ordnung giebt im §. 54 zwar den Beamten der Staatsanwaltschaft einzelne Befugnisse, deren Zweck die Ermittelung der zur Beurtheilung des betreffenden Straffalls nothwendigen Voraussetzungen ist; aber diese Befugnisse sind sehr vereinzelte und sehr beschränkte. Schwerlich kann man an die Staatsanwaltschaft, welcher nur diese beschränkten Mittel zu Gebote stehen, dieselben Anforderungen stellen, wie an den Untersuchungsrichter, den keine Schranke beim Gebrauch der Erforschungsmittel einengt. Es haben aber auch die Ermittelungen, welche die Staatsanwaltschaft vornimmt, und diejenigen, welche der Untersuchungsrichter vorzunehmen hat, nicht dieselbe Aufgabe, und nicht denselben Werth. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft soll, um es mit den Worten des Gesetzes zu bezeichnen, „die richterliche Untersuchung nur vorbereiten und erleichtern". Sie macht die richterliche Voruntersuchung in den Fällen, in welchen es einer solchen bedarf, niemals unentbehrlich. Denn, ist zur spätern Beurtheilung der Sache eine zuvorige Untersuchung nothwendige Voraussetzung, so darf diese nur vom Untersuchungsrichter geführt sein. Die Ermittelungen der Staatsanwaltschaft haben in dieser Beziehung durchaus keinen Werth. Die Aufgabe des Untersuchungsrichters ist überhaupt, obwohl das frühere Verfahren in sonstigen Beziehungen wesentlich geändert ist, dennoch fast dieselbe, wie sie es in dem früheren Inquisitionsprocesse war. Es ist eine Beschränkung insofern eingetreten, als er, um thätig werden zu dürfen, den Antrag der Staatsanwaltschaft erwarten muß. Nicht minder sind ihm hinsichtlich seiner Thätigkeit zwar Grenzen, jedoch nur um deswillen gezogen, weil die Voruntersuchung nicht mehr das Gewicht der früheren Untersuchung besitzt, vielmehr der entscheidende Einfluß lediglich der Hauptverhandlung zusteht. Diese bestimmt und mit vollster Erkennbarkeit ausgesprochenen Modificationen abgerechnet, ist die Aufgabe des Untersuchungsrichters die frühere geblieben; indem ihn der §. 78 verpflichtet, Alles vorzunehmen, was ihm zur Ermittelung der Wahrheit dienlich erscheint.

IV. Zu §. 58 Absatz 1 und a. E. (vergl. §. 240 Absatz 2.)

Im ersten Absatz von §. 58 ist bestimmt, daß unter gewissen Voraussetzungen nicht allein die Staatsanwaltschaft, sondern jeder Polizeibeamte, selbst jede Privatperson den einer Strafgesetz-Uebertretung Verdächtigen „in Verwahrung geben" kann. Ist durch diese Bestimmung die Berechtigung ausgesprochen, den Verdächtigen dem Gefängnißvorstande zur Verwahrung zu übergeben, und ist dieser verpflichtet, bezügl. berechtigt, den überlieferten Verdächtigen in die Gefängnisse aufzunehmen? — Die Frage scheint mit Entschiedenheit verneint werden zu müssen. Im vorletzten Absatze von §. 58 ist ausdrücklich der Fälle gedacht, in welchen die Verwahrung *nicht* von einem Beamten der Staatsanwaltschaft, sondern von einem Polizeibeamten oder einer Privatperson verfügt wird. In diesen Fällen beschränkt sich die Inverwahrungnahme darauf, den Verwahrten, sei es unmittelbar, sei es durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft oder des Gemeindevorstandes, jedoch *ohne* Verzug, an das betreffende Gericht gelangen zu lassen, damit *dieses* darüber entscheide, ob eine (eigentliche) Verwahrung des Verdächtigen eintreten soll. Nur dann, wenn das Gericht oder ein Beamter der Staatsanwaltschaft *diese* Verfügung erlassen hat, ist der Gefängnißvorstand verpflichtet, den Verdächtigen in das Gefängniß aufzunehmen. In jedem andern Falle ist er hiezu *nicht* berechtigt. Nur mit diesem Resultate läßt sich die im §. 240 Absatz 2 gegebene Vorschrift vereinen, durch welche dem Gefängnißvorstande ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, Niemanden ohne *schriftliche* Anweisung eines *Beamten* in das Gefängniß aufzunehmen. Selbst in dieser beschränkten Weise ist das Recht in Verwahrung zu geben, d. h. den Verdächtigen dem Gerichte zur Entscheidung zuführen zu dürfen, doch immer noch von Werth für die Betheiligten. Denn, weil diese Beraubung der Freiheit eine gesetzlich gestattete ist, so erscheint jeder Widerstand gegen dieselbe als widerrechtliche Gewalt und, insofern nicht von Seiten des Inverwahrungnehmenden die Grenzen des Erlaubten überschritten sind, *nicht* als Nothwehr. Daß das Gesetz die Fälle genau bezeichnet, in welchen ausnahmsweise eine an und für sich unerlaubte Handlungsweise gegen die Freiheit eines Dritten als gerechtfertigt sich darstellt, erscheint im höchsten

Grade wünschenswerth, um jeder Unsicherheit nach allen Seiten hin vorzubeugen.

V. Zu §. 82.

Ein Vorführungsbefehl kann nur erlassen werden, wenn ein Beschuldigter vorhanden ist (§. 82 Absatz 1). In den Fällen, in welchen ein unbekannter Thäter verfolgt werden muß, wird demnach von einer steckbrieflichen Verfolgung (§. 82 letzter Absatz) nicht die Rede sein können. Es würde zu weit führen, wollte man behaupten, daß, wenn auch nicht durch Nennung des Namens, doch durch andere Erkennungszeichen die Person, welcher die strafbare That zur Last gelegt wird, genugsam und bis zur Erkennbarkeit bezeichnet sei.*) Die Beschuldigung scheint eine so bestimmte Bezeichnung des Verdächtigen vorauszusetzen, daß nicht allein die beschuldigende Behörde, sondern jeder Dritte denselben erkennen kann, und es wird zur Erreichung dieses Zweckes nur die Bezeichnung durch Namen hinreichend sein. Soll demnach ein unbekannter Thäter verfolgt werden, so wird man vielleicht das Ersuchen um Inverwahrungnahme einer möglichst erkennbar bezeichneten Person, und die Bitte um Zuführung derselben aussprechen dürfen. Dieses Ersuchen fällt nicht unter den Begriff des „Vorführungsbefehls", und wird demnach vollkommen mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklange stehen. Wer hat aber jenes Ersuchen auszusprechen und zu veröffentlichen? Der Beamte der Staatsanwaltschaft oder der Untersuchungsrichter? Gewiß der letztere; vorausgesetzt jedoch, daß ein Antrag auf Erforschung der begangenen Strafgesetz-Uebertretung bereits an ihn gestellt ist. Denn ihm liegt die Verpflichtung auf, Alles zur Ermittelung der Wahrheit (hier der Thäterschaft) vorzunehmen (vergl. §. 78). In der Erfüllung dieser Pflichten ist seine Stellung eine durchaus unbeschränkte, und es hieße nicht allein seine Pflichten, sondern auch seine Berechtigung verkennen, wenn er für jede einzelne der zu treffenden Maßregeln, mithin auch für die obengedachte, einen Antrag der Staatsanwaltschaft erwarten wollte.

VI. Zu §. 88. a. (Vergl. §§. 92, 143 Nr. 2.) Im §. 88 sind unter A verschiedene Personen genannt, welche unter gewissen Voraussetzungen zur Verweigerung ihres Zeugnisses berechtigt sind.

*) Sollte unter Umständen nicht auch solche Bezeichnung genügen? (Red.)

Dieſe Perſonen können, wenn ſie wollen, auf ihr Recht verzichten und Zeugniß ablegen. Im vorletzten Abſatze des gedachten §. iſt aber beſtimmt, daß die Vernehmung dieſer Perſonen in keinem Falle eine eidliche ſein darf. Keinenfalls ſcheint jene Beſtimmung auf die Vernehmung vor dem Unterſuchungsrichter beſchränkt werden zu dürfen. Zwar iſt im §. 88 zunächſt der Fall ins Auge gefaßt, wenn die betreffenden Perſonen vor dem Unterſuchungsrichter erſcheinen. Und mit Recht, denn ihm gegenüber wird in den meiſten Fällen jenes Recht auf Befreiung vom Zeugniſſe geltend gemacht werden. Deshalb iſt auch nur in Bezug auf ihn vorgeſchrieben, daß er die betreffenden Perſonen auf ihre Berechtigung aufmerkſam machen ſoll, obwohl nicht daran wird gezweifelt werden können, daß — die Zuläſſigkeit unbeeidigter Vernehmung vorausgeſetzt — nach Maßgabe von §. 143 dieſe Vorſchrift bei einem unmittelbar vor das erkennende Gericht geladenen Zeugen, welchem einer jener Befreiungsgründe zur Seite ſteht, inſofern analoge Anwendung finden muß, als die betreffende Eröffnung ihm durch den Gerichtsvorſitzenden zu machen iſt. Daß der Geſetzgeber aber auch andere Fälle, als die der Vernehmung vor dem Unterſuchungsrichter hat bezeichnen wollen, ergiebt der umfaſſende Ausdruck: „in keinem Falle“. Es kann durch dieſen Ausdruck, der eine Mehrzahl der Fälle vorausſetzt, nur der Fall der Vernehmung vor dem erkennenden Richter mitbezeichnet ſein; denn der Fall, in welchem der Unterſuchungsrichter ſich zu einer eidlichen Vernehmung verſucht fühlen könnte, iſt nur der eine, wenn auf die Befreiung verzichtet iſt. Im andern Falle, wenn überhaupt die Ablegung des Zeugniſſes verweigert iſt, kann ja ſelbſtredend von einer eidlichen Vernehmung nicht die Rede ſein.

Im §. 143 Abſ. 1 iſt, ſoviel das Beweisverfahren durch Zeugen vor dem erkennenden Gerichte betrifft, im Allgemeinen auf die früheren, bei Gelegenheit des Vorunterſuchungsverfahrens gegebenen Vorſchriften verwieſen, mithin auch auf die oben erwähnte. Um ihre Anwendbarkeit für das Hauptverfahren zu beſtreiten, läßt ſich demnach an und für ſich ein Grund aus der Stelle, wo ſie ſich findet, nicht entnehmen. Es iſt dies indeſſen auf andere Weiſe verſucht. Man nimmt an, daß die allgemeinen Vorſchriften über Zuläſſigkeit eidlicher Vernehmung

im §. 92 enthalten sind, und gelangt dadurch zu dem Resultate, daß die Bestimmung im §. 88 eine besondere, nur für den Untersuchungsrichter gegebene sei, durch welche der erkennende Richter nicht gebunden werde. Es wäre vielleicht wünschenswerth gewesen, die, sowohl für die Voruntersuchung, als auch für das Hauptverfahren geltenden, allgemeinen Vorschriften über Beeidigung von Zeugen zusammenzustellen. Daß aber dies nicht geschehen ist, kann der im §. 88 enthaltenen allgemeinen Bestimmung ihre Wirksamkeit nicht rauben. Es liegt außerdem nahe, weshalb die Vorschrift dort gegeben ist — weil eben dort die Personen aufgezählt sind, welche unter besondern Voraussetzungen zur Verweigerung ihres Zeugnisses berechtigt sind. Um die nochmalige Aufzählung derselben zu vermeiden, ist in Bezug auf einen Theil der genannten Personen dort sofort der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß ihre Vernehmung niemals eine eidliche sein soll. Man wird auch darauf Gewicht legen dürfen, daß zum wenigsten eben so gewichtige Gründe, wie die, welche die Bestimmung im §. 92 B. veranlaßt haben, vorhanden sind, um die eidliche Vernehmung der im §. 88 unter A. genannten Personen zu verhindern. Denn wenn dem Meineidigen oder Eidesbrüchigen kein Glauben geschenkt wird, kann man erwarten, daß der Ehegatte gegen den Ehegatten, Verlobte gegen einander, Eltern gegen Kinder und Kinder gegen Eltern mit größerer Wahrhaftigkeit aussagen werden? Entweder sie legen Zeugniß ab, um den Beschuldigten in Strafe zu bringen, — dann muß ein hoher Grad von Erbitterung vorhanden sein; oder aber sie wollen durch ihr Zeugniß dem Beschuldigten förderlich sein; — dann ist die Gefahr um so größer. Wie leicht kann das Interesse für eine so nahe stehende Person sie in dem Kampfe mit der beschworenen Pflicht unterliegen lassen!

b. Wenn eine der im §. 88 unter A genannten Personen dem Untersuchungsrichter gegenüber auf ihr Recht, von Ablegung des Zeugnisses befreit zu bleiben, verzichtet und Zeugniß abgelegt hat, so wird sie später vor dem erkennenden Richter von dem früher nicht ausgeübten Rechte Gebrauch zu machen, nicht mehr befugt sein. Jener Verzicht wird nicht einer bestimmten Person oder einer bestimmten Behörde gegenüber und nicht für einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens ausgesprochen,

sondern der staatlichen Gesammtheit gegenüber, welche ein Recht auf Zeugnißablegung ihrer Angehörigen hat. Er wird für einen bestimmten Straffall ausgesprochen, und kann einseitig, so lange es sich nur um Verhandlung jenes Straffalles handelt, nicht zurückgenommen werden. Zu welchen eigenthümlichen Resultaten führte die entgegenstehende Ansicht? Wie wäre es in einem solchen Falle der Rathskammer bez. Anklagekammer möglich, für die von ihr abzugebende Entscheidung eine sichere Grundlage zu gewinnen, wenn nicht feststeht, daß die Zeugen, welche in der Voruntersuchung vernommen sind, auch vor dem erkennenden Richter werden vernommen werden dürfen!*)

c. In dem erwähnten §. ist unter A bestimmt, daß Verwandte und Verschwägerte des „Beschuldigten", seine Geschwister und einige andere, ihm nahe stehenden Personen ihr Zeugniß verweigern dürfen. Nimmt man den Ausdruck „Beschuldigter" in seiner strengen Bedeutung, so kann leicht jenes Recht auf Verweigerung des Zeugnisses dadurch zu einem illusorischen gemacht werden, daß man die Untersuchung in den Grenzen der Generaluntersuchung hält, und eine Beschuldigung erst erhebt, nachdem der Straffall durch die Aussage jener Personen genügend aufgeklärt ist. Der milden Denkungsweise des Gesetzgebers möchte es entsprechen, jene Befreiung schon dann eintreten zu lassen, wenn eine eigentliche Beschuldigung zwar noch nicht erhoben ist; wenn aber die Untersuchung öffenbar sich gegen eine Person zu richten beginnt, welcher der als Zeuge zu Vernehmende in der im Gesetze bezeichneten Weise nahe steht.

d. Die Staatsanwaltschaft hat in Bezug auf diejenigen Sachen, welche durch unmittelbare Ladung vor die Strafkammer gelangen (§. 132 Abs. 2), ohne Zweifel auch die Befugniß, die ihrer Ansicht nach relevanten Zeugen vorladen zu lassen. Steht ihr diese Befugnisse auch gegen die Personen zu, welche

---

*) Dennoch scheint uns dieser Satz sehr disputabel; liegt es einmal in der Willkür der betreffenden Personen, ob sie überall Zeugniß ablegen wollen, so müssen sie auch die Grenzen bestimmen können, wie weit sie von ihrer facultas, das Zeugniß zu weigern, abgehen wollen. Damit hängt auch die Pflicht des Richters, sie nicht zu beeidigen, zusammen. Die Red.

nach §. 88 A. von der Verpflichtung, auf Verlangen des Richters Zeugniß abzulegen, befreit ſind? — Ich glaube kaum. Es ließe ſich ſagen: die fraglichen Perſonen haben der Ladung Folge zu leiſten, um vor Gericht zu erklären, daß ſie von der ihnen zuſtehenden Befugniß der Zeugnißverweigerung Gebrauch machen wollen, und zu dieſem Erſcheinen vor Gericht ſind ſie verpflichtet, weil bis dahin, daß ſie von ihrer Befreiungsbefugniß Gebrauch machen zu wollen erklärt haben, dieſelbe Verpflichtung, wie ſie jedem andern Staatsangehörigen obliegt, auch ſie trifft. Indeß dürfte doch der Aufhebungsgrund jener allgemeinen Verpflichtung in dem beſondern Verhältniſſe zu dem Beſchuldigten liegen. Dann aber iſt derſelbe ſtets vorhanden, und ſchließt von vornherein ein Beſtehen der Verpflichtung zum Zeugnißablegen aus. Schon das Erſcheinenmüſſen vor Gericht iſt ein Theil der allgemeinen Verpflichtung zur Ablegung des Zeugniſſes. Iſt dieſe Verpflichtung überall nicht vorhanden, ſo kann auch eine theilweiſe Erfüllung nicht gefordert werden. Es wird auch die Schlußfolgerung nicht geſtattet ſein, daß die Verpflichtung zur Ablegung des Zeugniſſes die Regel bilde, das Befreitſein die Ausnahme ſei; daß mithin jeder bis dahin, daß er das Vorhandenſein eines Ausnahmefalls nachgewieſen habe, nach der Regel beurtheilt werden müſſe. Dies würde dahin führen, daß der Zeuge, welchen die Staatsanwaltſchaft hat laden laſſen, weil ſie den ihm zur Seite ſtehenden Befreiungsgrund nicht kannte, bis zur Geltendmachung jenes Grundes, wie jeder andere Staatsangehörige verpflichtet ſei. Allein der §. 88 läßt das objective Vorhandenſein des Befreiungsgrundes genügend ſein, und legt auf das Wiſſen der vorladenden Behörde kein Gewicht. Wird demnach eine der oben bezeichneten Perſonen geladen, ſo wird ſie, ohne daß deshalb Strafe gegen ſie verhängt werden könnte, die Ladung unbefolgt laſſen dürfen.*) Gegen einen ſolchen Zeugen wird niemals auf Ausbleiben zu

*) Eine vorgängige Anzeige an den Staatsanwalt, daß und warum man ſich nicht zum Zeugniß verpflichtet halten, wird man zur Aufrechthaltung des Geſchäftsganges unbedenklich finden müſſen und zwar um ſo nothwendiger, als häufig der Grund der Weigerung der Staatsanwaltſchaft unbekannt, zweifelhaft, illiquide ſein und deshalb ein Zwiſchentreten des Gerichts nöthig werden wird. Die Red.

verfahren sein, eben weil sein Nichterscheinen kein widerrechtliches ist.

VII. Zu §. 89. (vgl. §. 143. 1.)

a. Ein zu der Verhandlung geladener Zeuge war im Augenblick der Eröffnung der Sitzung nicht anwesend. Die Staatsanwaltschaft, welche das spätere Erscheinen abwarten und demnach, wenn dasselbe eintrat, eine nur geringe Strafe beantragen wollte, behielt sich ihren Strafantrag vor. Nach einiger Zeit erschien der Zeuge und wurde vernommen. Als die Staatsanwaltschaft nun beim Schlußvortrage einen sehr milden Strafantrag stellte, wies das Gericht diesen Antrag zurück, weil derselbe sofort hätte gestellt werden müssen, und jetzt, nachdem der Zeuge erschienen, das Gericht ihn nicht mehr als einen Nichterschienenen bestrafen könne. Man wird diese Auffassungsweise der gesetzlichen Bestimmungen in keiner Weise billigen können. Zunächst ist es gewiß über allen Zweifel erhaben, daß, wenn im §. 89 gesagt ist, die Verurtheilung solle sofort erfolgen, dies nur hat bedeuten wollen, daß sie ohne zuvoriges Anhören des zu Verurtheilenden eintreten kann. Wenn ferner, gestützt auf die Worte der oben bezeichneten Gesetzesstelle, die Ansicht gebilligt ist, das Gericht dürfe nur den nichterschienenen Zeugen, und somit nicht den, welcher, wenn auch nicht rechtzeitig, doch vor Abgabe des Urtheils erschienen ist, verurtheilen, so ruhet diese Auffassungsweise ziemlich offensichtlich auf einem Verkennen der gesetzlichen Bestimmungen. Denn das Gesetz will sicherlich nicht nur den Zeugen strafen, welcher gar nicht, sondern auch den, welcher nicht rechtzeitig erscheint. Auch er hat der ergangenen Ladung nicht Folge geleistet; denn sie war nicht in der Weise ergangen, daß er überhaupt, sondern daß er zur bestimmten, in der Ladung bezeichneten Zeit vor Gericht erscheine. Trotz des spätern Eintreffens ist derselbe dennoch stets ein Zeuge, welcher zu der Zeit, zu welcher er erscheinen mußte, nicht erschienen ist, und somit wird auch in diesem Sinne stets ein nichterschienener Zeuge verurtheilt. Wie sehr aber das gegenwärtige Verfahren es mit Nothwendigkeit fordert, daß die Zeugen nicht nur überhaupt, sondern mit höchster Pünktlichkeit zur bestimmten Zeit erscheinen, bedarf kaum der Erwähnung. Zu welchen Resultaten führt aber die oben

bekämpfte Auffassung? Es möchte auf den ersten Anblick scheinen, als ob das Interesse der Staatsanwaltschaft nicht dadurch berührt werde, indem sie es in ihrer Hand hat, den Strafantrag sofort zu stellen. Aber wird es ihr nicht auf diese Weise unmöglich gemacht, eine verständige Abstufung hinsichtlich der zu beantragenden Strafe eintreten zu lassen, je nachdem der Zeuge ganz ausbleibt, oder sich bei seinem Erscheinen viel oder wenig verspätet hat? Darf die Staatsanwaltschaft jene Rücksichten nicht nehmen — und die oben erwähnte Auffassungsweise hindert sie daran — so werden sehr oft große Härten eintreten. Mag ihre Beseitigung später nach Maßgabe von §. 143, Nr. 1, Abs. 2 möglich sein, — immer wird das Verfahren im hohen Grade verweitläuftigt werden. Ganz ungefährdet läßt jene Auffassung das Interesse der Staatsanwaltschaft auch in anderer Beziehung nicht. Man denke den Fall, daß der Zeuge nicht erschienen ist, und die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Bestrafung gestellt hat. Daß das Gericht sofort das Urtheil sprechen muß, ergiebt sich jener Auffassung nach von selbst; es könnte sonst jeden Augenblick der Zeuge noch erscheinen und nur der nichterschienene Zeuge dürfte ja verurtheilt werden. Es wird aber auch die Verurtheilung nicht eintreten können, wenn gleichzeitig mit der Beendigung des Strafantrags der Zeuge noch erscheint, — denn er ist nicht mehr ein nichterschienener. In diesem Falle sähe sich mithin die Staatsanwaltschaft gänzlich außer Stande, ihn wegen seines verspäteten Kommens zur Strafe zu ziehen.

b. Ein Zeuge war nicht erschienen, und es erging auf Ausbleiben ein verurtheilendes Erkenntniß gegen ihn. Unmittelbar nach dem Schlusse der Sitzung erscheint derselbe, und hört gesprächsweise von seiner Verurtheilung. Er geht darauf zum Gerichtsschreiber, und meldet Einspruch an. Es entstand die Frage nach der formellen Zulässigkeit dieses Einspruchs, da im §. 143, Nr. 1, Abs. 2 vorgeschrieben ist, daß der Einspruch Statt finden soll, innerhalb 10 Tagen nach der durch die Staatsanwaltschaft bewirkten Zustellung des Strafurtheils. Im vorliegenden Falle hatte eine Zustellung überhaupt nicht Statt gefunden. Das Gericht theilte indessen dieses Bedenken nicht, und legte auch darauf kein Gewicht, daß der In-

halt des Urtheils nur gesprächsweise zur Kenntniß des Verurtheilten gekommen war.

VIII. Zu den §§. 111. 112.

Der §. 111 verpflichtet den Untersuchungsrichter, so oft er der Strafkammer Bericht erstatten will, dies zuvor der Staatsanwaltschaft mitzutheilen. Daß diese Mittheilung dann eine ungenügende ist, wenn *nur* von dem Umstande Kenntniß gegeben wird, *daß* über das Endergebniß, oder *daß* über eine Zwischenfrage Bericht erstattet werden soll, möchte, obwohl jene Mittheilung den Worten des §. 111 vollständig zu entsprechen scheint, dennoch kaum zu bezweifeln sein, da man nach §. 112 Abs. 1 den Untersuchungsrichter jedenfalls zu *der* Anzeige für verpflichtet halten muß, daß er eine *Endentscheidung* erwirken will. Wie wäre es möglich, von einem Einverständniß zu sprechen, wenn die Staatsanwaltschaft über diese seine Absicht in Unkenntniß ist? Mit einer unbekannten Ansicht kann Niemand einverstanden oder nicht einverstanden sein, sie kann, eben weil er sie nicht kennt, für seine Willensbestimmung in keiner Weise maßgebend sein. Ebensowenig wird ein begründeter Zweifel dagegen erhoben werden können, daß der Untersuchungsrichter, wenn er über eine Zwischenfrage Bericht erstatten will, sich nicht auf *diese* Anzeige beschränken darf. Er wird *die* Zwischenfrage, auf welche sich die beabsichtigte Berichtserstattung beziehen soll, zu bezeichnen haben. Unterbliebe diese Bezeichnung, so wäre die ganze Anzeige unnütz. Wie viele Zwischenfragen können gleichzeitig entstehen? Wie wäre die Staatsanwaltschaft zu errathen im Stande, über *welche* derselben der Untersuchungsrichter Bericht erstatten will? Was nützte es ihr, ins Blaue hinein Anträge zu einer Zwischenfrage zu stellen, ohne vorher zu wissen, daß eben *diese* Frage vom Untersuchungsrichter wird zum Vortrage gebracht werden? Wird man aber von dem Untersuchungsrichter ein Mehres, wird man von ihm verlangen dürfen, daß er den Antrag, den er zu stellen beabsichtigt, auch seinem *wesentlichen Inhalte* nach der Staatsanwaltschaft mittheile? Ich glaube, man wird dies fordern dürfen. Nur unter dieser Voraussetzung wird die Staatsanwaltschaft zur Erfüllung ihrer Aufgabe im Stande sein; denn

es ist ein Theil dieser Aufgabe, die Ansichten des Untersuchungsrichters, so weit sie dieselben für irrig und dem Interesse der Strafverfolgung schädlich erachtet, vor der zuständigen Behörde, der Rathskammer, zu bekämpfen. Sie kann das nur, wenn sie dieselben kennt. Nur unter dieser Voraussetzung wird ferner die Rathskammer sich in der Lage befinden, in welche der Gesetzgeber sie ohne Frage versetzen will. Sie soll bei entstehenden Differenzen entscheiden, nachdem sie beide Theile, Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, gehört hat. Sie soll die Gründe und Gegengründe beider Theile erwägen. Wie aber kann die Staatsanwaltschaft Gründe, wie namentlich Gegengründe entwickeln, wenn ihr die Ansicht des Untersuchungsrichters, wie sie in dem beabsichtigten Antrage ihren Ausdruck finden wird, unbekannt ist? — Man kann indessen die Verbindlichkeit des Untersuchungsrichters zur Mittheilung des an die Rathskammer zu stellenden Antrags nicht ohne Anschein aus dem Grunde bestreiten, daß man überhaupt eine Verpflichtung desselben, einen bestimmten Antrag an die Rathskammer zu stellen, nicht anerkennt. Man sagt: er genügt seiner Aufgabe durch Darlegung der thatsächlichen Verhältnisse; die Rathskammer hat selbst eine Ansicht aufzustellen, und keine Bestimmung des Gesetzes verpflichtet ihn, eine eigene Ansicht zu entwickeln. Wäre dies der Fall, so würde natürlich die oben angenommene Verpflichtung zur Mittheilung sich auf die Fälle beschränken, in welchen der Untersuchungsrichter einen Antrag zu stellen beabsichtigt. — Um den Untersuchungsrichter von jener Verpflichtung gegen die Rathskammer zu befreien, kann man auf die Worte des Gesetzes Bezug nehmen. Es heißt im §. 111: „so oft er Bericht abstatten will", und im §. 112 ist die Rede von dem „Erwirken" einer Endentscheidung. Auch wenn er nur die Thatsachen darlegt, die Entscheidung aber gänzlich der Rathskammer überläßt, kann man behaupten, „erstattet er Bericht" und „erwirkt" eine Entscheidung; und er ist zu einem Aussprechen seiner eigenen Ansicht um so weniger verpflichtet, als ja sein Votum zur Entscheidung nichts beiträgt. Diese Auffassungsweise möchte indessen mit der Ansicht, wie sie sich über die Pflichten eines Berichterstatters (Referenten) herkömmlich festgestellt hat, in entschiedenem Widerspruche stehen. Nach

gewöhnlichen Begriffen wird derselbe seine Aufgabe nur dann vollständig erfüllt haben, wenn er die abzugebende Entscheidung erkennbar bezeichnet und durch seine Ausführung zu begründen gesucht hat. Ob dies in Form eines Antrags geschieht, darauf kann am Ende wenig ankommen.

IX. Zu §. 112. Abs. 3. (vergl. §. 116, Abs. 2.)

Wird in dem Antrage auf Verweisung vor das zuständige Gericht das Verbrechen, auf welches die Beschuldigung gerichtet ist, speciell und namentlich durch Hervorhebung des nach Ansicht der Staatsanwaltschaft überschrittenen Strafgesetzes bezeichnet werden müssen?

Die Vorschrift im §. 112 Abs. 3 scheint dies mit Nothwendigkeit zu fordern; denn die strafbare Handlung soll fest und bestimmt bezeichnet werden. Ihre Strafbarkeit liegt aber eben darin, daß ein Strafgesetz durch sie übertreten ist, und soll mithin diese Uebertretung nachgewiesen werden, so wird das nicht möglich sein, ohne die strafgesetzliche Vorschrift, welcher zuwider gehandelt ist, speciell zu nennen. Einen *formellen* Werth hat diese Ausführung nicht, da der §. 116, Abs. 2 es ausdrücklich der Rathskammer zur Pflicht macht, in dem Verweisungsbeschlusse die *eigene* Ansicht über die Strafbarkeit der angeschuldigten Handlung zu begründen; — und beide Ausführungen binden den erkennenden Richter in keiner Weise (vergl. jedoch §. 151, Abs. 3). Materiellen Werth haben die Ausführungen insofern, als die Acten, wenn sie an den erkennenden Richter gelangen, bereits zwei rechtliche Beurtheilungen enthalten. Ihm wird dadurch die Bildung des eigenen Urtheils in erheblicher Weise erleichtert.

X. Zu §. 116. Abs. 1 und 2.

Inwiefern bindet der unangefochten gebliebene Verweisungsbeschluß die Staatsanwaltschaft bei der späteren Verhandlung vor der Strafkammer?

In thatsächlicher Beziehung gewiß vollständig. Nur die Thatsachen, welche der Verweisungsbeschluß kennt, dürfen Gegenstand der richterlichen Beurtheilung werden. Dahingegen wird, was die rechtliche Ansicht betrifft, die vollständigste Freiheit

für die Ausführungen der Staatsanwaltschaft in Anspruch genommen werden müssen. Die Staatsanwaltschaft wird nicht allein die im Verweisungsbeschlusse niedergelegte Ansicht der Rathskammer unbeachtet lassen, sondern dieselbe auch bekämpfen dürfen. Sie wird selbst die eigene Ansicht, welche sie früher bei Erwirkung des Verweisungsbeschlusses aussprach, aufgeben dürfen. Nichts wird entgegenstehen, daß sie, während sie bei Erwirkung des Rathskammerbeschlusses eine That für einen Diebstahl hielt, in der Gerichtssitzung nachzuweisen sucht, daß durch die fragliche Handlung eine Unterschlagung begangen sei. Diese Unbeschränktheit der rechtlichen Beurtheilung ist aber ganz allgemein zuzugestehen, und nicht etwa auf den Fall zu beschränken, daß die neuere Auffassung zu einem dem Beschuldigten günstigeren Resultate führe. Man wird in keiner Weise zugeben können, daß der Beschuldigte ein Recht auf eine bestimmte Rechtsauffassung erwerbe. Die Beschuldigung ist allerdings auf die im Verweisungsbeschlusse hervorgehobenen Thatsachen beschränkt; zu welchen Anträgen aber die Staatsanwaltschaft sich durch diese Thatsachen für berechtigt hält, — ist allein ihrem Ermessen anheimgestellt. Sie spricht außerdem dem Beschuldigten gegenüber eine rechtliche Beurtheilung zum ersten Male in der Verhandlung vor dem erkennenden Richter aus. Denn die in der Beschuldigung enthaltenen thatsächlichen Angaben sollen vorzugsweise nur dazu dienen, den Untersuchungsrichter zur Thätigkeit gegen eine bestimmte Person rücksichtlich einer dieser zur Last gelegten bestimmten That zu veranlassen und zu berechtigen.

XI. Zu §. 120. (vergl. §§. 77, 113, 126, 129, 132, Abs. 2.)

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat der Untersuchungsrichter gegen einen Beschuldigten die Einleitung der Voruntersuchung verfügt. Der Beschuldigte ist entflohen, und es hat seine Vernehmung nicht Statt finden können. Die Rathskammer verordnet nach §. 120, daß die Untersuchung bis dahin, daß der Beschuldigte zur Haft gebracht werde, ruhen bleibe. Dieser Beschluß macht nicht allein das Verfahren auf Ausbleiben unmöglich, er hindert auch den Untersuchungsrichter an der Vornahme jeder ferneren Untersuchungshandlung, an deren

sofortiger Vornahme der Staatsanwaltschaft sehr viel gelegen sein kann. Steht der Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung der Rathskammer Berufung an die Anklagekammer zu? — Ich glaube nicht. Der §. 129 hebt die Fälle, in welchen diese Berufung gestattet sein soll, speciell und bestimmt hervor; — der oben erwähnte befindet sich nicht darunter. Wenn man auch — und mit Recht — der Bestimmung, daß Berufung gestattet sein soll, wenn die erhobene Klage unzulässig erkannt ist, eine weitere Bedeutung geben will (vgl. Mag. Bd. II. S. 485), und mithin auch bei nur theilweise erfolgter Zurückweisung der erhobenen Klage die Berufung gestattet, so ist doch im vorliegenden Falle auch nicht einmal eine theilweise Zurückweisung ausgesprochen. Es ist überhaupt eine die materielle Seite betreffende Entscheidung nicht abgegeben. Wenn aber die fragliche Entscheidung nicht beseitigt werden kann, bleibt nicht der Staatsanwaltschaft wenigstens die Befugniß, nach Maßgabe von §. 132, Abs. 2 die Sache demnächst vielleicht nach Rückkehr des Beschuldigten, durch unmittelbare Ladung vor die Strafkammer zu bringen? Diese Frage wird meiner Ansicht nach verneint werden müssen. Ihre Entscheidung hängt anscheinend davon ab, ob man eine Voruntersuchung als eingeleitet ansieht (vergl. §. 77, Abs. 2 u. 4). Nimmt man dies an, so kann die Sache nur durch Rathskammerbeschluß vor die Strafkammer gelangen (§. 113), und es ist folglich durch die Einleitung der Voruntersuchung das Recht der Staatsanwaltschaft auf unmittelbare Ladung beseitigt. Man könnte jedoch versuchen, die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf den oben erwähnten Fall zu bestreiten, indem man behauptet: dadurch, daß der Untersuchungsrichter die Einleitung der Untersuchung verfügt, ist dieselbe noch nicht eingeleitet, sondern ihre Einleitung nur in Aussicht gestellt. Sie ist um so weniger als eingeleitet anzusehen, da der Beschuldigte, was gefordert werden muß, um von einer gegen ihn gerichteten Untersuchung reden zu können, noch nicht auf die That angeordnet ist. — Man wird nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften dieser Ansicht nicht beistimmen können; vielmehr annehmen müssen, daß, ohne Rücksicht darauf, ob der Beschuldigte bereits vernommen war oder nicht, die Voruntersuchung in dem Augenblicke eingeleitet ist, in welchem der Untersuchungsrichter

diese Einleitung verfügt hat. In diesem Augenblicke ist mithin auch das Recht der Staatsanwaltschaft zur unmittelbaren Ladung vor die Rathskammer erloschen. Es heißt zunächst doch wohl den Worten (§. 77, Abs. 2) Zwang anthun, wenn man nicht annehmen will, daß durch die auf Einleitung der Voruntersuchung gerichtete Verfügung des Untersuchungsrichters dieselbe auch wirklich eingeleitet ist. Wäre dies aber auch in der That zweifelhaft, — jedenfalls würde doch eine Voruntersuchung in dem Augenblicke vorhanden sein, in welchem der Untersuchungsrichter den ersten, auf die Untersuchung gerichteten Act vornimmt. Auf die Statt gehabte oder nicht Statt gehabte Vernehmung des Beschuldigten kann für die Frage, ob eine Voruntersuchung vorliegt, kein Gewicht gelegt werden. Daß das Gesetz selbst auf diesen Umstand für die Entscheidung jener Frage kein Gewicht legt, ergiebt der §. 120, Abs. 1. Der Beschuldigte ist nicht aufzufinden gewesen, und es wird mithin — wenigstens ist dieser Fall nicht ausgeschlossen — auch seine Vernehmung nicht möglich gewesen sein. Dennoch spricht der Gesetzgeber von der „Untersuchung", welche nicht zu Ende geführt werden konnte. Um die Berechtigung der Staatsanwaltschaft zur unmittelbaren Ladung vor die Strafkammer als erloschen anzusehen, möchte es indessen der Voraussetzung, daß eine Voruntersuchung bereits eingeleitet sei, überhaupt nicht bedürfen. Es scheint mir nach dem Geiste der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen kaum zweifelhaft zu sein, daß die erwähnte Berechtigung der Staatsanwaltschaft in dem Augenblicke erloschen ist, in welchem der Untersuchungsrichter, dem bei ihm gestellten Antrage Statt gebend, durch die Verfügung der Voruntersuchung seine Zuständigkeit ausspricht, und seine Thätigkeit beginnen läßt. Wenn dieses Resultat sich nicht unmittelbar aus den Worten §. 77, Abs. 4 in Verbindung mit §. 113 ergeben sollte, so folgt es doch aus den allgemeinen Grundsätzen über die Stellung der Staatsanwaltschaft dem Untersuchungsrichter gegenüber. Sobald die Thätigkeit des Untersuchungsrichters begonnen hat, soll weder er, noch die Staatsanwaltschaft über das endliche Schicksal der Sache zu entscheiden berechtigt sein, sondern eine beiden vorgesetzte Gerichtsabtheilung. Diese Entscheidung kann, sobald die Thätigkeit des Untersuchungsrichters

begonnen hat, nur durch Beschluß der Rathskammer ausgesprochen werden. Das Recht der Staatsanwaltschaft durch unmittelbare Ladung vor die Rathskammer auf die Behandlungsweise des Straffalls einzuwirken, kann grundsätzlich nur so lange anerkannt werden, als der Untersuchungsrichter um seine Mitwirkung nicht angegangen ist. Diese Berechtigung auch später noch eintreten zu lassen, möchte nicht mit der Achtung zu vereinen sein, welche der richterlichen Stellung auch von Seiten der Staatsanwaltschaft gebührt. Aus eben diesen Gründen wird die Befugniß zur späteren unmittelbaren Ladung auch nicht einmal in den Fällen zugestanden werden dürfen, in welchen eine eigentliche Beschuldigung gar nicht erhoben ist, sondern die Voruntersuchung nur zur „Aufklärung" des Straffalls beantragt war. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung bestimmt der Gesetzgeber im §. 126, Abs. 1, daß in solchen Fällen zwar jederzeit, aber jederzeit nur die Wiederaufnahme des eingestellten Verfahrens beantragt werden kann.

XII. Zu §. 151, letzt. Abs. (vergl. §§. 76, 78, 124, letzt. Abs.)

Nach der Schlußbestimmung von §. 151 hat die Strafkammer, wenn sie hinsichtlich einer an sie gelangenden Sache sich um deswillen für unzuständig hält, weil ihrer Ansicht nach eine schwere Strafe verwirkt ist, die Sache an die Anklagekammer zu verweisen. Man nehme den Fall, daß die Staatsanwaltschaft von der Annahme eines leichten Straffalls ausgehend, die Sache, ohne daß eine Voruntersuchung vorhergegangen wäre, durch unmittelbare Ladung vor die Strafkammer bringt (vergl. §. 132, Abs. 2). Kann die Strafkammer, wenn sie die strafbare That für eine mit schwerer Strafe bedrohte hält, die Sache an die Anklagekammer verweisen? Man möchte dies nach Maßgabe von §. 151, letzt. Abs. kaum bezweifeln dürfen; denn daß die Sache an die Strafkammer gelangt ist, ergiebt der Augenschein, und das Gesetz unterscheidet nicht, auf welchem Wege sie dorthin gelangte. — Angenommen ferner, die Anklagekammer theilt die Ansicht der Strafkammer und verweis't die Sache vor den zuständigen Schwurgerichtshof, — wie läßt sich dies mit der Vorschrift von §. 76 vereinen, nach welcher in jedem schweren Straffalle eine Voruntersuchung Statt finden soll? Wird man die Verhandlung

vor der Strafkammer als eine Art der Voruntersuchung betrachten dürfen? Gewiß nicht. Denn der §. 78, Abs. 1 läßt keinen Zweifel darüber zu, daß jedes Verfahren vor dem erkennenden Richter Hauptverfahren ist, und als solches den Gegensatz bildet zu der Voruntersuchung durch den Untersuchungsrichter, deren Aufgabe eben die Vorbereitung zur Hauptverhandlung ist. Kann aber die Anklagekammer, statt die Sache vor einen Schwurgerichtshof zu verweisen, die Einleitung einer Voruntersuchung verfügen? Nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften über die Befugnisse der Anklagekammer wird man diese Frage verneinen müssen. Zwar giebt §. 124 im letzten Absatze der Anklagekammer dieselben Befugnisse, wie sie der Rathskammer zustehen, und diese kann nach §. 114 allerdings die Vervollständigung einer Voruntersuchung verfügen. Allein diese Bestimmung erscheint nicht als ausreichend, denn etwas anderes ist es, die Vervollständigung einer auf Antrag der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Voruntersuchung vorschreiben, als die Einleitung selbst verfügen. Im ersten Falle wird nur auf dem Fundamente weiter gebauet, welches durch den Antrag der zur Erhebung desselben allein zuständigen Behörde gewonnen ist; dieses Fundament durch Verfügung der Voruntersuchung selbst zu legen, ist weder der Rathskammer, noch der Anklagekammer gestattet. Die Anklagekammer würde indessen auf indirectem Wege die Einleitung einer Voruntersuchung zu erzwingen im Stande sein, indem sie es ablehnt, die Verweisung vor einen Schwurgerichtshof auszusprechen, wenn nicht zuvor eine Voruntersuchung vorhergegangen sei. Es bliebe bei dieser Sachlage der Staatsanwaltschaft, will sie nicht anders die Verfolgung gänzlich aufgeben, nichts übrig, als die Einleitung einer Voruntersuchung zu beantragen. Entspricht aber dieser Ausweg dem Sinne des Gesetzgebers? Sicherlich nicht. Hätte man an diesen Ausweg gedacht, weßhalb hätte man es nicht schon der Rathskammer gestattet, denselben einzuschlagen? Weshalb noch die Vorlage an die Anklagekammer verordnen? Es läßt sich kaum bezweifeln, daß die Verweisung an die Anklagekammer nur zu dem Zwecke geschieht, damit diese, wenn sie gleichfalls ein mit schwerer Strafe bedrohtes Verbrechen als vorhanden annimmt, die Sache zur Aburtheilung dem zustän-

digen Schwurgerichtshofe zuweise. Man wird demnach, wie dies auch die bisherige Praxis gethan hat, die Vorschrift des §. 76, Abs. 1 auf den obenerwähnten Fall nicht beziehen dürfen, und die Straffälle, welche, abweichend von dem gewöhnlichen Gange, ohne Voruntersuchung und mithin ohne Mitwirkung des Untersuchungsrichters und der Rathskammer vor die Strafkammer gelangen, auch ohne Voruntersuchung zur Entscheidung vor den Schwurgerichtshof gelangen lassen. Dieser Art des Verfahrens möchten innere Gründe mit Entschiedenheit zur Seite stehen. Denn es darf angenommen werden, daß ein Straffall, wenn er von der Staatsanwaltschaft durch unmittelbare Ladung vor die Strafkammer gebracht wird, entweder so einfach ist, daß er der Aufklärung überhaupt nicht bedarf, oder dieselbe nach Ansicht der Staatsanwaltschaft — welche durch ihre Ermittelungen allerdings zu einem solchen Urtheile vollkommen befähigt ist — durch die Hauptverhandlung in genügender Weise finden wird. Weßhalb, wenn in materieller Beziehung irgend ein Bedenken der Aburtheilung nicht entgegensteht, lediglich mit Rücksicht auf die Form durch eine Voruntersuchung aufklären und feststellen zu lassen, was bereits feststeht und einer Aufklärung nicht bedarf? Zu welchen Verzögerungen würde dies führen? Nicht allein, daß die Thätigkeit des Untersuchungsrichters an zeitraubende Formen geknüpft ist; — auch die Mitwirkung der Rathskammer wird Zeitaufwand und eine wenig nutzenbringende Verwendung von Arbeitskraft erfordern, um lediglich die Sache wiederum in dieselbe Lage zu bringen, in welcher sie von Anfang an sich befand: daß sie mit Sicherheit vor dem erkennenden Richter beurtheilt werden kann.

XIII. Zu §. 163 Nr. 1.

Im §. 163 unter Nr. 1 ist vorgeschrieben, daß gegen einen Beschuldigten, gegen welchen eine Voruntersuchung nicht Statt gefunden hat, auf Ausbleiben nur verfahren werden darf, nachdem „der Ausbleibende zuvörderst öffentlich geladen ist.“ Ueber die Bedeutung dieser Vorschrift ist gestritten. Die eine Ansicht nimmt an: daß der Beschuldigte als Ausbleibender — richtiger wohl als Ausgebliebener — geladen sein muß; sie schließt dann weiter, daß, ehe das Ausbleiben nicht Statt gefunden

hat, der Beschuldigte auch nicht, wie das Gesetz verlangt, als Ausbleibender geladen werden könne. Das Resultat dieser Auffassung ist mithin folgerichtig dieses, daß zuvor stets eine Gerichtssitzung durch das Ausbleiben des Beschuldigten erfolglos geblieben sein muß, damit es gestattet ist, den ausgebliebenen Beschuldigten öffentlich zu laden; — und nur erst diese Ladung läßt das Verfahren auf Ausbleiben zulässig erscheinen. Zu welchen Mißständen diese Auffassung führt, bedarf keines Nachweises. Sie macht das der Staatsanwaltschaft zustehende Recht auf unmittelbare Ladung vor die Strafkammer ziemlich illusorisch. Denn wird die Staatsanwaltschaft, wenn dem öffentlichen Interesse so ungemeine Nachtheile drohen, wie sie die Wiederholung des Verfahrens, namentlich das wiederholte Erscheinen der Zeugen und Sachverständigen mit sich bringt, wird sie nicht in allen Fällen es vorziehen müssen, die Einleitung einer Voruntersuchung zu beantragen?

Daß dieses Resultat kein erfreuliches ist, wird Niemand bezweifeln, der weiß, wie sehr es im Interesse einer beschleunigten Strafrechtspflege wünschenswerth ist, daß die Staatsanwaltschaft von jener Befugniß den möglichst ausgedehnten Gebrauch mache.

Es scheint mir indessen eine andere, jenem wünschenswerthen Resultate mehr entsprechende Auffassung gebilligt werden zu können. Ich halte es zunächst in keiner Weise dem Gesetze zuwiderlaufend, daß der Beschuldigte zu der zur Verhandlung anberaumten (ersten) Sitzung sofort öffentlich geladen werde. Die Wahl der Ladungsart ist doch wohl gänzlich in das Ermessen der ladenden Behörde gestellt.*) Bleibt der Beschul-

*) Dies muß doch wohl bezweifelt werden. Der §. 52 der St. P.-O. schreibt die regelmäßige Form der Ladung vor und bestimmt nur öffentliche Ladung, wenn der zu Ladende im Inlande keine bekannte Wohnung hat. Die Inconvenienzen, die daraus entstehn können, daß beim Ausbleiben auf einfache Ladung nur dann sofort verfahren werden soll, wenn der Angeschuldigte durch die Voruntersuchung bereits den ihm gemachten Vorwurf weiß, und daher das Bevorstehn der Hauptverhandlung voraussetzen kann, hat nun einmal das Gesetz nicht anders gewollt. Nur wenn es zeitig zur Kunde der Staatsanwaltschaft gelangt, daß auf die im §. 52 vorgeschriebene Weise die Ladung nicht zu effectuiren sei,

digte dann dieser Ladung ungeachtet aus, so wird auf Ausbleiben gegen ihn verfahren werden dürfen; denn es steht in dieſem Augenblicke feſt, daß der Ausbleibende öffentlich geladen iſt. Die entgegenſtehende Anſicht trägt etwas in das Geſetz hinein, was an und für ſich nicht darin liegt, wenn ſie verlangt, daß der Beſchuldigte als Ausbleibender geladen worden, mithin ſchon zur Zeit, als die öffentliche Ladung verfügt wurde, ausgeblieben ſein ſoll. — Wenn das Geſetz ferner vorſchreibt, daß der Ausbleibende zuvörderſt öffentlich geladen ſein ſoll, ſo kann das nur heißen: ehe auf Ausbleiben gegen ihn verfahren wird. Auch dieſem Erforderniſſe entſpricht die oben gebilligte Anſicht; denn die öffentliche Ladung geht der Einleitung des Verfahrens auf Ausbleiben vorher.

XIV. Zu §. 211 Abth. 1. (vergl. §. 207.)

Wenn der zur Berufungsſitzung gehörig geladene Berufende in dieſer Sitzung nicht erſcheint; — wie iſt zu verfahren? Iſt dennoch die ganze Sache zu prüfen, und nach dem Reſultate dieſer Prüfung ein beſtätigendes oder abänderndes Erkenntniß abzugeben? Oder iſt die Berufung als formell unzuläſſig zu verwerfen, weil durch die Schuld des Berufenden die formellen Vorausſetzungen für die Abgabe des Berufungsurtheils nicht vorhanden ſind? Ich halte dieſe letztere Anſicht für die richtige.

Nach §. 207 Abſ. 3 treten die nicht angefochtenen Theile des Erkenntniſſes erſter Inſtanz in Rechtskraft. Wie nun, wenn allgemein, ohne Bezeichnung der beſchwerenden Punkte Beru-

---

wird ein analoger Fall des §. 52 vorletzter Abſatz vorliegen, und dann öffentliche Ladung kein Bedenken finden dürfen. — (Red.)

Das K. Obergericht zu Hannover entſchied zum §. 163 in U.-S. wider Louiſe Kappuhn wegen Unterſchlagung:

da das Verfahren auf Ausbleiben den Nachweis der rechtzeitig und rechtsförmlich geſchehenen Ladung zu ſeiner Zuläſſigkeit vorausſetzt, ſo iſt daſſelbe auch im Falle einer voraufgegangenen Voruntersuchung nur unter jener Vorausſetzung zuläſſig. Es tritt daher in dem Falle, wo der zu Ladende zur Zeit der Ladung keine bekannte Wohnung mehr im Inlande hat, auch bei voraufgegangener Voruntersuchung das Verfahren nicht ſofort, ſondern erſt alsdann ein, wenn öffentliche Ladung auch hier geſchehen iſt.

fung eingelegt ist? Ist dies zulässig? Allerdings. Man wird dann anzunehmen haben, daß der Berufene sich durch das angegriffene Urtheil in seiner Gesammtheit beschwert erachtet. Dennoch aber muß das Gericht, soll es über die Berufung zu entscheiden im Stande sein, nicht allein wissen, daß der Berufende sich verletzt fühlt, sondern es muß nothwendig auch wissen, inwieweit dies der Fall ist, es muß nothwendig auch die Gründe kennen, auf welche die Anfechtung des Erkenntnisses erster Instanz sich stützt. Ohne diese Angaben fehlt es der abzugebenden Entscheidung an jedem Fundamente; denn es soll nicht ohne weiteres zum zweitenmale in einer bereits abgeurtheilten Sache, sondern es soll über eine bestimmte Berufung entschieden werden. (vgl. die Reg. Motive zu §. 207 des Ges.-Entwurfes). Nur wenn jenen Erfordernissen genügt ist, wird der Berufene im Stande sein, sich gegen die erhobene Berufung zu vertheidigen. Denn seine Aufgabe ist nicht die Vertheidigung des ergangenen Urtheils, sondern speciell Abwehr des durch die Berufung geschehenen Angriffs. Unterbleibt dieser Angriff, so ist auch eine Vertheidigung gegen denselben unmöglich, und das Gericht würde entscheiden müssen, ohne daß dem Berufenen Gelegenheit zu seiner Vertheidigung gegeben wäre. Ist aber die Angabe der beschwerenden Puncte und die Begründung der Beschwerdevoraussetzung für die Abgabe des Berufungsurtheils, so wird, wenn durch die Schuld des Berufenden diese Voraussetzung unerfüllt bleibt, diese schuldvolle Versäumniß die Zurückweisung der erhobenen Berufung zur Folge haben müssen, und zwar aus formellen Gründen, ohne zuvoriges Eingehen auf die Materie des Straffalls. — Die entgegenstehende Ansicht legt zunächst der Einlegung des Rechtsmittels ein anderes Gewicht bei, als die hier vertheidigte Meinung anzuerkennen vermag. Während diese in der Einlegung nur die Anzeige eines in der Berufungsverhandlung beabsichtigten Angriffs erblickt, und demnach, wenn durch das Nichterscheinen des Berufenden in der Berufungssitzung dieser Angriff unterbleibt, die Rechtsbeständigkeit (das durch einen Angriff N i c h t abgeändertsein) des Erkenntnisses erster Instanz ausspricht: nimmt die entgegenstehende Ansicht an, daß schon durch die Einlegung des Rechtsmittels das Erkenntniß der ersten Instanz angegriffen sei; daß ferner, wenn

der Berufende zur Verhandlung nicht erschien, zwar auf Ausbleiben zu verfahren, die endliche Entscheidung aber mit Rücksicht auf den bereits erfolgten Angriff erst nach materieller Prüfung der Sache abzugeben sei. Diese Auffassung führt demnach — vorzugsweise unter Hinweisung auf die allgemeinen Vorschriften im §. 211 Abs. 1 und 3 — zu dem Resultate, daß auch in Abwesenheit des Berufenden, durchaus analog dem Verfahren auf Ausbleiben, wie es nach Maßgabe der §§. 160 ff. zum Zweck der Abgabe des Erkenntnisses erster Instanz Statt findet, die Verhandlungen aufgenommen werden. Auf dieser Grundlage erfolgt dann ein nochmaliges Urtheil über den in erster Instanz bereits entschiedenen Straffall. — Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Hinweisung des §. 211 Abs. 1 durchaus allgemeiner Natur ist; allein durch jene Hinweisung hat doch wohl die Anwendbarkeit der früher gegebenen Vorschriften nur insoweit ausgesprochen werden sollen, als dieser Anwendbarkeit nicht die Natur der Sache und allgemeine, unbedingt vom Gesetzgeber anerkannte Grundsätze entgegenstehen. Das Verfahren indessen, wie es die hier bestrittene Ansicht zuläßt, scheint mit allgemeinen Grundsätzen sowohl des gesammten Strafverfahrens, als namentlich des Verfahrens auf Ausbleiben nicht im Einklange zu stehen, und es wird, wenn diese Voraussetzung zutrifft, der Schluß ein vollkommen berechtigter sein, daß die im §. 211 ausgesprochene Hinweisung nicht in der von der gegnerischen Auffassung gebilligten Ausdehnung vom Gesetzgeber gewollt sein kann. Zwar wird auch die obengebilligte Auffassung gegen das Urtheil, durch welches die Berufung als formell unzulässig verworfen wird, Einspruch gestatten, und gestatten müssen, und insofern mag das Erkenntniß ein auf Ausbleiben ergangenes genannt werden dürfen. Denn die Verhängung des Nachtheils der Vollstreckbarkeit des Urtheils erster Instanz beruhet auf der Voraussetzung, daß der Berufende durch seine Schuld zur anberaumten Sitzung nicht erschienen ist. Wenn derselbe aber nachweis't, daß sein Ausbleiben ein unverschuldetes war, sei es, daß er gar nicht, sei es, daß er nicht rechtzeitig oder nicht rechtsförmlich geladen war, so müssen durch die Beseitigung dieser Voraussetzung auch die nachtheiligen Folgen beseitigt werden, welche an ihr Vorhandensein geknüpft sind. Wenn die gegne-

rische Ansicht, ohne die Gegenwart des Berufenden zu fordern, und mithin ohne seine Beschwerden zu kennen, auf die Verhandlung eingeht, so scheint sie zunächst das Gericht zu einer Official-Thätigkeit zu veranlassen, zu welcher der Anstoß fehlt, wie er nach den allgemeinen Bestimmungen der Strafproceßordnung von den Parteien ausgehen muß. Man nehme das Verfahren auf Ausbleiben in erster Instanz. Der Beschuldigte ist nicht erschienen, — wenn nicht die bei Durchführung des Verfahrens interessirte Partei, die Staatsanwaltschaft, die Einleitung dieses Verfahrens beantragt, und durch Erhebung und Begründung der Beschuldigung den Richter formell und materiell zur Abgabe der Entscheidung in den Stand setzt, so würde der Richter zur Abgabe des Urtheils niemals gelangen dürfen. In ganz gleicher Lage wie hier die Staatsanwaltschaft, ist der Berufende dem Berufungsgerichte gegenüber. Die Staatsanwaltschaft will in erster Instanz die Verurtheilung des Beschuldigten erreichen; der Berufende will das ergangene Urtheil gänzlich oder theilweise beseitigt wissen. Beide werden ohne die Erfüllung die ihnen als Partei obliegenden Pflichten, durch welche die Thätigkeit des Richters sowohl der Natur der Sache nach als auch nach positiver Vorschrift bedingt ist, ihr Ziel nicht erreichen. Begünstigt der Richter in dieser Beziehung den Berufenden, supplirt er gleichsam die von diesem nicht geschehene Bezeichnung und Begründung der Beschwerden, so eignet er sich einen Theil der Parteirolle an und verläßt seine Stellung über den streitenden Theilen. — Es ist nicht zu bezweifeln, daß das Verfahren auf Ausbleiben, wie es die gegnerische Ansicht eintreten läßt, den Verurtheilten im Verhältniß zu der verfolgenden Staatsanwaltschaft in eine der Gleichheit der Parteirolle nicht entsprechende Lage versetzt. Der Verurtheilte gelangt, wenn er ohne sich um irgend etwas Weiteres zu kümmern, Berufung einlegt, auf eine viel einfachere Weise und ohne seine Mitwirkung dahin, ein Erkenntniß anzugreifen und das Bestehenbleiben desselben in Frage zu stellen, welches, wenn es in erster Instanz auf Ausbleiben ergangen war, die entgegenstehende Partei durch eine mühevolle Thätigkeit, und nur durch stetes Eingreifen in das Verfahren herbeizuführen vermocht hat. Schwerlich hat überhaupt durch das Verfahren auf Ausbleiben

in irgend welcher Weise die Lage des Beschuldigten zu einer günstigen gestaltet werden sollen. Was das Verfahren auf Ausbleiben in erster Instanz betrifft, so ist es offenbar, daß die betreffenden Vorschriften nur gegeben sind, um trotz des Nichterscheinens des Beschuldigten nicht an der Verhandlung der Sache bez. an der Verurtheilung desselben gehindert zu werden. Durchaus verschieden ist aber der gegnerischen Auffassung gemäß der Erfolg dieses Verfahrens in der Berufungsinstanz. Im Interesse der staatlichen Ordnung war es nothwendig, auch ohne Gegenwart des Beschuldigten zu seiner Verurtheilung gelangen zu können, weil derselbe sonst durch seine Entfernung die Verurtheilung hätte unmöglich machen können. Das Verfahren auf Ausbleiben ist demnach vorgeschrieben lediglich im Interesse der Verfolgung des Beschuldigten. Wie anders nach jener Auffassung in der Berufungsinstanz! Hier dient dasselbe vorzugsweise der Vertheidigung und erleichtert den Angriff auf eine bereits erfolgte richterliche Entscheidung. Während das Gesetz dem Beschuldigten in erster Instanz es selbst überläßt, für die Herbeischaffung seiner Vertheidigungsmittel, so weit sie nicht schon durch die Untersuchung herbeigeschafft sind, zu sorgen wird ihm die Vertheidigung in der Berufungsinstanz in entschiedener Weise erleichtert; und — was um so auffallender, — diese Erleichterung geschiehet nicht, um den zunächst erkennenden Richter zu einer möglichst die Wahrheit treffenden Entscheidung in den Stand zu setzen, sondern zur Unterstützung in dem Angriffe auf das Urtheil dieses Richters. —

Die hier gebilligte Ansicht findet eine entschiedene Unterstützung durch die Vergleichung von §. 27 Abs. 1 des Gesetzes über die Anwaltskammern, und §. 6 Nr. 6 Abs. 2 des Gesetzes, das Disciplinarverfahren gegen Richter betreffend. An beiden Orten ist vorgeschrieben, daß beim Nichterscheinen des Berufenden die Berufung sofort, d. h. ohne Zweifel: aus diesem formellen Grunde, und ohne auf die materielle Prüfung einzugehen, verworfen und das angegriffene Urtheil für vollstreckbar erklärt werden soll. — In diesen Bestimmungen Singularitäten des Disciplinarverfahrens erblicken und demgemäß so schließen zu wollen: verstände sich jene Entscheidung von selbst, so würde sie der Gesetzgeber nicht ausdrück-

lich vorgeschrieben haben, — möchte durchaus unzulässig sein, wenn man erwägt, daß der Gesetzgeber bei der Wichtigkeit der zu beurtheilenden Fälle dem Beschuldigten gewiß in keiner Weise die Schutzmittel hat entziehen wollen, die das gewöhnliche Verfahren ihm darbieten würde. Daß der Gesetzgeber überhaupt einzelne Bestimmungen in die fraglichen Gesetze aufgenommen hat, welche, nachdem die allgemeinen Grundsätze aufgenommen waren, einer besondern Erwähnung nicht bedurften, ergiebt z. B. §. 6 Nr. 3 des Gesetzes, das Disciplinarverfahren gegen Richter betreffend. Nachdem allgemein ausgesprochen war (Abth. 1), daß Einspruch gegen das ergangene Erkenntniß nach Maßgabe der Strafproceßordnung Statt finden solle; bedurfte es doch wohl nicht mehr der besondern Erwähnung der Bestimmung, daß Einspruch nur innerhalb 3 Tagen nach Zustellung des Urtheils, und auch dann nur unter besondern Voraussetzungen zu gestatten sei, da Alles dies sich aus dem §. 163 Nr. 2 der Strafproceßordnung zweifellos ergab.

Es ist aber jener oben erwähnte Satz der sofortigen Verwerfung der Berufung im Sinne des Gesetzgebers eben nur eine Folge aus allgemeinen, auch dem Disciplinarverfahren zum Grunde liegenden Fundamentalsätzen, und deßhalb hat der Gesetzgeber nicht Anstand genommen, ihn auszusprechen. Vielleicht hat es in seiner Absicht gelegen, auf diese Weise zur Beseitigung der Zweifel beizutragen, zu welcher die Strafproceßordnung allerdings Veranlassung giebt.

XV. Zu §. 212. (vgl. §. 170. 207 Abs. 3.)

a. Im §. 212 ist bestimmt, daß jede Partei sich der von der Gegenseite erhobenen Berufung anschließen darf, um eine für sie günstige Entscheidung herbeizuführen. Diese Befugniß kann nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes bis zur Abgabe des Berufungsurtheils ausgeübt werden. — Es liegt nahe, diese gesetzlichen Bestimmungen in der Weise aufzufassen, daß das Rechtsmittel durch seine Erhebung insofern ein gemeinschaftliches wird, als es dem Gegner die Gelegenheit zur Anschließung darbietet und bis zu einem bestimmten Zeitpuncte darbieten muß. Wenn aber diese Befugniß, die Erhebung des Rechtsmittels vorausgesetzt, bis zur Abgabe des Berufungs-

urtheils ſoll ausgeübt werden dürfen, ſo ſcheint der Berufende, damit nicht der Berufene in ſeinem Rechte auf Adhäſion gekränkt werde, zu einem einſeitigen Aufgeben der erhobenen Berufung *nicht* befugt zu ſein. Wie iſt mit dieſer Anſicht die Vorſchrift im §. 170 zu vereinen, welche ausdrücklich jeder Partei die Zurücknahme eines eingelegten Rechtsmittels geſtattet? Man kann zunächſt verſuchen, jene Beſtimmungen in der Weiſe *neben* einander beſtehen zu laſſen, daß man das Recht auf Zurücknahme *nur* in den Fällen anerkennt, in welchen der Gegenpartei ein Recht zum Anſchluß an das gegneriſche Rechtsmittel *nicht* zuſteht, z. B. beim Einſpruch, bei der Nichtigkeitsbeſchwerde und bei der Berufung der Staatsanwaltſchaft gegen Rathskammerbeſchlüſſe. Die Vorſchrift im §. 170 lautet unbedingt und uneingeſchränkt. Jene vermittelnde Auffaſſungsweiſe entziehet ihr den bei weitem größeſten Theil des Gebiets, auf welchem ſie Anwendung finden könnte. Dann eben bei den Berufungen wird am häufigſten das Rechtsmittel eingelegt werden, um die Einlegungsfriſt zu wahren; — nach reiferer Ueberlegung wird man oft wünſchen, von ſeiner Verfolgung abzuſtehen. Erſtreckt ſich aber die Wirkſamkeit jener Vorſchrift des §. 170 auch auf die Fälle der Berufung, ſo können die Folgen, welche die oben dargelegte Auffaſſungsweiſe aus dem §. 212 entnimmt, aus demſelben nicht abgeleitet werden.

Will man die Berechtigung zur Zurücknahme vielleicht noch bis dahin zugeſtehen, daß der Gegner dem Berufenden ſeine Abſicht, der Berufung ſich anſchließen zu wollen, erklärt hat, ſo erkennt man auch damit an, daß die Anſchlußbefugniß des Berufenen dem Berufenden die Befugniß zum einſeitigen Aufgeben des Rechtsmittels raubt. Ohnehin erſcheint dies, wenn man einmal den oben erwähnten Grundſatz anerkennt, als eine willkürliche Beſchränkung, da das Geſetz ausdrücklich die Ausübung *bis* zur Abgabe des Berufungsurtheils geſtattet. Ich glaube, es wird nicht vermieden werden können, den Grundſatz des §. 170 als den Fundamentalſatz anzuerkennen, und ihm auch auf das Berufungsverfahren Anwendbarkeit zuzugeſtehen. Dann aber muß die Auffaſſung von §. 212 eine von der oben erwähnten ſehr verſchiedene ſein. Das Recht zum Anſchluß iſt dann ſtillſchweigend an die *Vorausſetzung* geknüpft, daß

das eingelegte Rechtsmittel zur Verhandlung gelangt, d. h. nicht zurückgenommen wird. Das Recht des Berufenen wird demnach den Berufenden niemals an dem Aufgeben der erhobenen Berufung hindern können, und es wird auch der Umstand, daß der Berufene seine auf Anschluß gerichtete Absicht dem Berufenden angezeigt hat, diesen in keiner Beziehung beschränken dürfen, weil das Gesetz diese Art der Beschränkung nicht kennt. Die Partei, welche ihre Zwecke auf dem Wege der Adhäsion erreichen will, ist zwar stets der Gefahr ausgesetzt, daß ihr durch das Aufgeben der Berufung von Seiten des Berufenden dieser Weg abgeschnitten wird. Indeß wenn ihr so viel an der Anfechtung des ergangenen Urtheils liegt, daß sie die Durchführung ihres Angriffes nicht der Gefahr aussetzen will, welche der Weg der Adhäsion mit sich bringt, so steht es ihr ja frei, selbständig Berufung zu erheben, und auf diese Weise sich eine erneuerte richterliche Prüfung zu sichern.

b. Der §. 212 giebt jeder Partei das Recht, sich der Berufung des Gegners anzuschließen; ohne zu bestimmen, in welchem Umfange dies zulässig sei. Man nehme zunächst den Fall, daß bei Einlegung der Berufung diejenigen Theile des Erkenntnisses erster Instanz bezeichnet sind, gegen welche der Angriff gerichtet werden soll. Dann tritt nach Maßgabe von §. 207 Abs. 3 der nichtangefochtene Theil des Urtheils in Vollstreckbarkeit, und man wird dem Berufenen nicht gestatten dürfen, auf dem Wege der Adhäsion jene in Vollstreckbarkeit getretenen Theile anzugreifen. Wäre dies möglich, so wären ja eben jene Theile nicht in Rechtskraft getreten. Wenn jedoch von dem Berufenden ohne Bezeichnung besonderer Theile des angegriffenen Erkenntnisses, ganz allgemein gegen dasselbe Berufung eingelegt ist, so möchte es den Anschein gewinnen, als ob das Erkenntniß in seiner Gesammtheit angegriffen werde, und als ob unter diesen Verhältnissen jene oben erwähnte Schranke dem Adhärenten nicht gezogen sei. Wird die Adhäsion erklärt, nachdem der Berufende seine Berufung bereits erläutert und dadurch begrenzt hat, so sind der Adhäsion bereits Grenzen gezogen. Wenn dagegen die Adhäsion erklärt ist, ehe eine solche Begrenzung des gegnerischen Angriffs Statt gefunden hat, z. B. vor Verhandlung der Sache oder sofort bei Eröffnung der

gerichtlichen Verhandlung, so kann solche Erklärung der Adhäsion, nur so verstanden werden, daß der Berufene adhäriren will, insoweit der gegnerische Angriff erfolgen kann und erfolgen wird. Man nehme an, daß ein Beschuldigter in demselben Urtheile wegen einer ihm zur Last gelegten That verurtheilt, wegen einer andern aber freigesprochen wird. Der Verurtheilte legt allgemein Berufung ein. Dieselbe kann jedoch nur gegen den verurtheilenden, nicht auch gegen den freisprechenden Theil gerichtet sein, und nur eine Abänderung dieses Theils wird demnach durch Adhäsion erreicht werden können. Es ergiebt sich hieraus, daß eine erfolgte Freisprechung niemals auf dem Wege der Adhäsion angegriffen werden kann, sondern daß es hiezu stets einer selbständigen Berufung bedarf.

XVI. Zu §. 213. — Entscheidung der Strafkammer des O.-G. zu Hannover:

Die im §. 213 dem Berufungsgerichte gegebene Befugniß (Cassation des frühern Verfahrens) steht demselben doch nur in dem Falle zu, daß der Nichtigkeitsgrund Seitens einer der Parteien, wenn auch nicht gerade zu dem Zwecke, um die Vernichtung des Verfahrens oder Urtheils herbeizuführen, wenigstens geltend gemacht ist, nicht aber ist das Gericht berechtigt, von Amtswegen eine etwa begangene Nichtigkeit zu berücksichtigen und die frühere Entscheidung zu vernichten. — (Vergl. §. 218 Abs. 1.)

XVII. Zu §§. 215 u. 216. — Entscheidungen des Cassationssenats zu Celle, Criminal-Abtheilung.

1. Die Vertheidiger im schwurgerichtlichen Verfahren sind auch ohne besondre Vollmacht berechtigt, die Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen und zu verfolgen.

2. Die aufgestellten Nichtigkeitsgründe dürfen noch während der öffentlichen Verhandlung ermäßigt, nicht aber andre dafür substituirt werden.

(in causa inq. etra. Reinhold wegen Fälschung; d. 23. April 1853.)

3. Durch einfache Bezugnahme auf solche Nummern des §. 215, welche mehrere Nichtigkeitsgründe enthalten, wird

der Vorschrift des §. 216, daß der einzelne schon bei Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt angegeben werden muß, nicht genügt.

4. Ein Verzicht der Oberstaatsanwaltschaft auf die Geltendmachung eines der Nichtigkeitsbeschwerde nach dem Gesetze entgegenstehenden Einwandes bleibt ohne Berücksichtigung.
(in causa inq. ctra. Waldau wegen Meineides; 25. April 1853.)

VII.

Ueber die sogenannte Reise-Apotheke der Aerzte und Wundärzte, mit einem polizeilichen Rechtsfalle.

Vom O.-G.-A. Dr. Grefe.

Nach der Verordnung, das Apothekerwesen ꝛc. betr., vom 19. December 1820 §. 20 *) ist in dem Verbote der Winkel-Apotheken und des Selbstdispensirens der Gebrauch einer kleinen Reise-Apotheke für dringende Fälle nicht mit begriffen und nach der Bekanntmachung des Königlichen Ministerii des Innern über den Umfang der den Medicinalpersonen zum Selbstdispensiren in dringenden Fällen gestatteten Reise-Apotheke vom 18. October 1833 **) soll zwar den Medicinalpersonen gestattet sein, das in dieser Bekanntmachung aufgestellte Verzeichniß der Mittel, welche in der Reise-Apotheke enthalten sein dürfen, nach ihren individuellen Ansichten für dringende, keinen Verzug leidende Krankheitsfälle mit einem oder dem andern Mittel noch zu vermehren, jedoch sollen sie ihren Arzneivorrath anders nicht, als von einer benachbarten inländischen Apotheke nehmen, der Reise-Apotheke nur für den wahren Nothfall sich bedienen dürfen und die Dispensirung der Arzneien, falls sie sich dieselben besonders bezahlen lassen, allzeit mit ordnungsmäßig taxirten Recepten belegen.

Thatsächliche und rechtliche Unterschiede zwischen der Reise-Apotheke — welche vielleicht richtiger anders, z. B. Noth-Apo-

*) Samml. der Gesetze, Jahrg. 1821, Abth. 1, S. 28.

**) Samml. der Gesetze, Jahrg. 1833, Abth. 1, S. 337 u. f.

theke, genannt worden wäre — und der Winkel-Apotheke liegen demnach darin, daß jene nur bei Aerzten und Wundärzten vorkommen kann und nur Arzneimittel aus einer benachbarten inländischen Apotheke enthalten, auch von dem Innehaber oder Eigenthümer nur für solche Personen gebraucht werden darf, welche zunächst oder hauptsächlich seine ärztliche Hülfe in Anspruch nehmen. Man könnte freilich noch hinzufügen, die Reise-Apotheke dürfe nur Arzneimittel umfassen, welche in dringenden, keinen Aufschub leidenden Krankheitsfällen oder wahren Nothfällen dienlich sein können, und sei, wenigstens in der Regel, in quantitativer und qualitativer Hinsicht beschränkter als die Winkel-Apotheke; allein diese Unterscheidungen sind mindestens für den Juristen allzu unbestimmt, als daß er sie in abstracto für solche gelten lassen könnte. Nach jenen characteristischen Unterschieden treibt der Arzt Winkel-Apothekerei, wenn er Arzneimittel, welche nicht aus einer benachbarten inländischen Apotheke herrühren oder an Personen absetzt, welche lediglich die Arzneimittel, nicht aber zunächst oder wesentlich seinen ärztlichen Rath und Beistand — unbestimmt seine Verschreibung von Arzneimitteln — verlangt haben.*) Nur fragt sich, wem liegt, wenn der Arzt in diesen Beziehungen der Winkel-Apothekerei polizeilich beschuldigt wird, der Beweis ob: dem Arzte oder dem Kläger? Da dem Arzte im Allgemeinen das Recht des Absatzes von Arzneimitteln nicht zusteht und da es rein äußerlich-thatsächliche Frage ist, ob die Bedingungen, unter welchen ihm dieses Recht ausnahmsweise zugestanden ist, in dem einzelnen Falle eingetreten seien, so hat er allerdings wohl in dem im Polizeiverfahren erforderlichen, in dieser Beziehung keineswegs schwierigen, Maße darzuthun, daß er eine der verabreichten gleichkommende Quantität Arznei von einer oder von mehrern benachbarten inländischen Apotheken entnommen habe und von dem Empfänger um ärztliche Hülfe angesprochen sei. Die Vermuthung eines Unterschleifs darf gegen

*) Verschieden vom Selbstdispensiren ist es natürlich, wenn Aerzte auf ihren Namen von Apotheken dispensirte Arzneimittel sich verschreiben und ihren Patienten verabfolgen, wie es bei geheimen Krankheiten wohl vorkommen soll.

den Arzt jedoch nicht ohne Weiteres aufgeſtellt und darum wird ihm der Beweis, daß er gerade die verabreichte Quantität *ſelbſt* von einer benachbarten inländiſchen Apotheke entnommen habe, alſo der Beweis *der Identität* der verabreichten mit der von einer benachbarten inländiſchen Apotheke entnommenen Quantität ſchwerlich zugemuthet werden.

Die Nichtbefolgung der Vorſchrift der gedachten Bekanntmachung des Königlichen Miniſterii des Innern vom 18. October 1833, daß die Dispenſirung der Arzneien, falls der Arzt ſich dieſelbe beſonders bezahlen läßt, allzeit mit ordnungsmäßig taxirten Recepten zu belegen ſei, iſt mit keiner Strafe bedrohet und würde daher wohl nur eine adminiſtrative Rüge zur Folge haben können.

Wann aber iſt ein dringender, keinen Aufſchub leidender Krankheitsfall oder ein wahrer Nothfall vorhanden und anzunehmen und wann nicht? Es läßt ſich wohl nicht vorausſetzen, daß die Eingangs erwähnten Verordnungen lieber Gliedmaßen, wichtige Organe, Sinne und überhaupt die Geſundheit der Unterthanen geopfert, als den Vortheil der Apotheke geſchmälert ſehen wollen, und darum ſind unter dringenden, keinen Aufſchub leidenden Krankheitsfällen oder wahren Nothfällen gewiß nicht bloß Fälle, in welchen gerade das *Leben* des Kranken auf dem Spiele ſteht, zu verſtehen. Im Uebrigen aber wird die Entſcheidung darüber, ob und inwiefern es, um einen Kranken gegen Verluſt weſentlicher Körpertheile, gegen langes Siechthum oder gegen Lebensgefahr zu ſchützen, eines Einſchreitens durch Mittel aus der Reiſe-Apotheke bedürfe, in dem einzelnen Falle der gewiſſenhaften individuellen Beurtheilung des Arztes überlaſſen werden müſſen; dieſes folgt theils daraus, daß nach der erwähnten Miniſterial-Bekanntmachung den Aerzten freigeſtellt worden iſt, nach ihren individuellen Anſichten die für die Reiſe-Apotheke zugelaſſenen Medicamente noch mit dem einen oder andern Mittel zu vermehren, theils daraus, daß dem Arzte keine andere Richtſchnur, als ſeine eigene Ueberzeugung übrig bleibt, indem ihm eine Verpflichtung zur Conſultation anderer und höher geſtellter Aerzte — wozu der Drang der Umſtände ihm ohnehin eben ſo wenig Zeit geſtatten wird, als zur Beſchickung einer Apotheke — und zur Befolgung der abweichenden Anſicht des

einen oder andern zufällig gegenwärtigen Arztes nicht nachzuweisen steht. Darauf allein, daß ein Arzt Medicamente (welche von einer benachbarten inländischen Apotheke entnommen sind) dispensirt und seinen Patienten verabreicht hat, kann also eine polizeiliche Klage gegen ihn nicht gestützt und von ihm der Beweis nicht verlangt werden, daß der Krankheitsfall ein dringender, keinen Aufschub leidender oder ein wahrer Nothfall gewesen sei — eben weil er in solchem Falle das Recht zur Dispensirung der Arznei und zur Verabreichung derselben an den Kranken hat und weil die Frage, ob der Fall vorliege, von seinem individuellen Urtheile abhängt. Dieses läßt sich um so weniger in Zweifel ziehen, als es sich dabei nicht so sehr um die Stellung der Aerzte zu den Apotheken, als vielmehr um das Wohl und Wehe der Kranken, deren Gesundheit und Leben die Verordnung vom 19. December 1820 und die Bekanntmachung des Königlichen Ministerii des Innern vom 18. October 1833 den Vortheilen der Apotheken nicht Preis gegeben wissen will, handelt und als, wenn die Aerzte wegen der Anwendung der Reise-Apotheke fürchten müssen, Weiterungen unterzogen zu werden, die wohlthätige Absicht und der heilsame Zweck, welche jener Verordnung und Bekanntmachung ohne Zweifel unterliegen, der Gefahr der Vereitelung ausgesetzt sind. Nur dann würde daher gegen den Arzt deshalb, daß er aus seiner Reise-Apotheke Arzneien dispensirt und einem Kranken verabreicht habe, eine polizeiliche Klage begründet werden können, wenn ihm nachzuweisen stände, daß der Krankheitsfall ein dringender, keinen Aufschub leidender oder ein wahrer Nothfall nicht gewesen sei. Das würde aber nur möglich sein durch ein den rechtlichen Grundsätzen entsprechendes Gutachten anderer Aerzte, welchen alle zur Beurtheilung des Falles erforderlichen Verhältnisse der Krankheit, etwa durch das eigene Eingeständniß des beschuldigten Arztes, als erwiesen vorliegen.*)

Wollte man von dem Arzte ungeachtet des von ihm geleisteten Diensteides etwa eine eidliche Bekräftigung darüber, daß

*) Vergl. Verordnung, Veränderungen im Medicinalwesen betr. vom 18. Mai 1847 §. 4 Nr. 2 (Samml. der Gesetze, Jahrg. 1847, Abth. 1 S. 88) und St.-P.-O. von 1850 §. 100.

er aus seiner Reise-Apotheke Arzneimittel dispensirt und einem Kranken in der Ueberzeugung verabreicht habe, der Krankheitsfall sei ein dringender, keinen Aufschub leidender oder ein wahrer Nothfall, verlangen, so würde diese Bekräftigung entweder als Erfüllungs- oder als Reinigungseid anzusehen sein und das Verlangen desselben nur durch die Pflicht des Arztes zur Beweisführung oder durch den Verdacht desselben, daß er wider besseres Wissen und Gewissen gehandelt habe, gerechtfertigt werden können. Da aber weder jene Pflicht besteht, noch an und für sich dieser Verdacht begründet erscheint, so ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde der Arzt mit einer Eidesauflage behelligt werden könnte, welche, wenn sie einen Reinigungseid bezweckte, auch nach dem §. 149 Abs. 7 der Straf-Proceß-Ordnung vom 8. November 1850 unstatthaft sein würde. Für die Verurtheilung des Arztes zu einer Versicherung auf den von ihm geleisteten Diensteid aber möchte sich, wenn diese Versicherung nicht entweder an und für sich oder wegen Unstatthaftigkeit der Auflage eines Erfüllungs- oder Reinigungseides die Stelle eines solchen Eides vertreten kann, weder ein moralischer noch ein rechtlicher Rechtfertigungsgrund finden. Ueberdies könnte leicht auf Gefahr der Kranken der nöthige Gebrauch der Reise-Apotheke wieder gehemmt werden, wenn die Aerzte in der übeln Lage wären, sich erst durch Weiterungen, namentlich durch eidliche Bekräftigungen oder Versicherungen auf den geleisteten Eid oder gar durch Aufwand von Kosten — welche freilich, sofern sie durch Anträge einer Civilpartei veranlaßt worden sind, dieser nach der Straf-Proceß-Ordnung vom 8. November 1850 §. 204 Absatz 13 zur Last fallen — der Strafe der Winkel-Apothekerei überheben zu müssen. Es läßt sich dagegen nicht einwenden, daß mit der Reise-Apotheke allzu leicht Mißbrauch getrieben werden könne, denn die bloße Möglichkeit eines Mißbrauchs berechtigt den Richter nicht zum Verdachte des Vorhandenseins desselben und gegen diesen Verdacht muß der Arzt insbesondere insofern geschützt sein, als sein Diensteid ihn zu gewissenhaftem Handeln verbindlich macht. Sind doch höhern Orts homöopathische Officinen zugelassen und dem Vernehmen nach sogar Concessionen zu medicinischer Praxis und zu unbeschränkter Herbeischaffung, Bereitung, Dispensirung und Verabreichung der Arz-

neimittel an unſtudirte, ungeprüfte und unbeeidigte Perſonen ertheilt worden.

Jedenfalls kann nur Aerzten das Recht und die Fähigkeit zum Urtheile über den nothwendigen und rathſamen Umfang einer Reiſe-Apotheke und über die Frage, ob ein einzelner Krankheitsfall, einſchließlich innerer und äußerer Verletzungen, in einer oder in mehrern Perioden zu den dringenden, keinen Aufſchub leidenden Krankheitsfällen oder zu den wahren Nothfällen gehöre, zugeſtanden werden, nicht aber dem Juriſten, dem Polizeirichter, weil ihm als ſolchem ſowohl in der That als nach rechtlichen Grundſätzen die erforderliche wiſſenſchaftliche Kenntniß und practiſche Erfahrung mangelt. Wie und aus welchem Grunde könnte er ein Vertrauen zu ſeiner Entſcheidung darüber in Anſpruch nehmen: welche Medicamente außer den in der mehrerwähnten Min.-Bek. aufgeführten zur Abwendung der dem Leben und dauernd der Geſundheit drohenden Krankheitsgefahren geeignet oder nöthig ſeien; welche Arten von Krankheiten ſich denken laſſen; wodurch ſie ſich auszeichnen und von einander unterſcheiden; wie ihre Symptome ſich verändern (ſteigen und fallen); wie oft und wie lange bei ihnen Lebens- und Geſundheitsgefahr eintritt und dauert; wann und wie lange die Hülfe ohne Vergrößerung und Ausbruch der Gefahr verſchoben werden könne u. ſ. w.?

Ein in die obigen Ausführungen zum Theil einſchlagender Fall kam im Jahre 1851 zur Sprache. In den Tagen vom 16. bis 22. März deſſelben Jahrs behandelte der Dr. med. X. aus J. — als kurz zuvor daſelbſt und in der Umgegend eine „Form nervöſer Grippe", wie Aerzte ſich ausdrückten, geherrſcht hatte, welcher verſchiedene Perſonen unter den Erſcheinungen der Lungenoppreſſion und des Lungenſchlages und mit Steigen und Fallen der Symptome theils am ſechsten Tage, theils raſcher unterlegen waren — mit günſtigem Erfolg den etwa 23 Jahre alten G. zu L., Amts Friedland, welcher, nach der Behauptung des Dris. X., in einen ähnlichen apoplectiſchen Zufall gerathen war, und verabreichte demſelben aus der Reiſe-Apotheke mehre Male Arzneimittel, welche der Kranke von J. in 1¼ Stunde, aus der nächſten Apotheke zu D. aber erſt in 3¼ Stunde erhalten konnte. Der Dr. med. X. wurde darauf von dem Apo-

theker A. zu D. bei dem Amte Friedland wegen Selbſtdispenſirens denuncirt und dieſes Amt erkannte nach verhandelter Sache am 9. November 1851,

„daß, da als ein dringender oder wahrer Nothfall nur der augenblicklich lebensgefährliche Zuſtand eines Kranken angeſehen, hierher aber keineswegs derjenige gerechnet werden möge und könne, welcher ſich durch mehre Tage hinziehe, der Denunciat die Koſten zu erſtatten und auf den Grund des Art. 20 der Apotheker-Ordnung vom 19. December 1820 wegen unbefugten Selbſtdispenſirens eine Strafe von 10 Thalern zu erlegen habe.“

Auf eingewandten und gerechtfertigten Recurs wurde zwar dieſes Erkenntniß durch Urtheil der Juſtizcanzlei zu Göttingen vom 7. Januar 1852 wieder aufgehoben, jedoch nur bedingungsweiſe und unter resp. ſtillſchweigender und ausdrücklicher Vergleichung der Koſten beider Inſtanzen, wie das Nähere aus folgenden Sätzen des letztern Urtheils ſich ergiebt:

„Demnach in den Krankheitsfällen, in welchen der Verzug, der durch Herbeiholung der erforderlichen Arznei von entfernten Apotheken für den Kranken nothwendig entſteht, eine Gefahr für Leben und Geſundheit deſſelben dringend beſorgen läßt, ein wahrer Nothfall im Sinne der betreffenden Geſetzgebung anzuerkennen iſt, — dieſe Beſorgniß aber in einer mehrere Tage anhaltenden Krankheit theils längere Zeit hindurch fortdauern, theils bei wiederholten Beſuchen des Arztes oder bei den dem Letzteren wiederholt zugeſandten Berichten über den jedesmaligen Zuſtand des Kranken, auch wiederholt eintreten, mithin den Arzt zum wiederholten Selbſtdispenſiren innerer Medicamente aus der Reiſe-Apotheke berechtigen kann; ferner der zugezogene Arzt behuf Prüfung der Frage, ob der Kranke zur Zeit in einem Zuſtande ſich befindet, der die bezeichnete Gefahr im Falle der Beſchickung der betreffenden Apotheke befürchten läßt, lediglich an ſeine individuelle Anſicht über jenen Zuſtand gewieſen iſt, und das eigene pflichtmäßige Ermeſſen dabei allein die entſcheidende Norm abgeben kann; demnach dagegen der Umſtand, daß Recurrent in ſämmtlichen Fällen, in welchen er in der Zeit vom 16. bis 22. März 1851 den Sohn des Einwohners Wilhelm G. in L. während der Krankheit deſſelben mit Medicamenten

aus seiner Reise-Apotheke versehen, in der Ueberzeugung gehandelt habe, daß bei dem Verzuge, welcher durch Herbeiholung der erforderlichen Arznei aus der betreffenden Apotheke für den Kranken entstehen werde, eine Gefahr für Leben und Gesundheit desselben dringend zu befürchten sei, bis dahin aus den Acten nicht erhellet, inzwischen nach Lage der Sache als erwiesen anzusehen sein wird, wenn solches auf den vom Recurrenten geleisteten Eid versichert wird;

so geben wir dem Königlichen Amte auf, den Recurrenten annoch zu einer solchen Versicherung auf den von ihm ausgeschworenen Eid eines Arztes aufzufordern, das Urtheil vom 9. November 1851 im Falle der Abgabe derselben*) wiederum aufzuheben und die Denunciation unter Vergleichung der Kosten des Verfahrens zurückzuweisen, wogegen ꝛc."

*) Diese Versicherung hat der denunciirte Arzt später wirklich abgegeben.

VIII.

Amtliche Erlasse.

1.

Rescript des K. Justiz-Ministerii an sämmtliche Staatsanwaltschaften vom 28. Febr. 1853, zur Ausführung des §. 13 des Gesetzes vom 8. Novbr. 1850, die Einrichtung von Anwaltskammern betreffend.

Auf Grund der §§. 45 und 13 des Gesetzes, die Einrichtung von Anwaltskammern betreffend, vom 8. Novbr. 1850 erlassen Wir zur Ausführung des gedachten §. 13 die nachfolgenden Vorschriften:

1. Die Anordnung einer Vertretung der Syndiken der Anwaltskammern erfolgt, insofern sie wegen Eile der Sache nicht von der Oberstaatsanwaltschaft ausgehen kann, von der betreffenden Staatsanwaltschaft (§. 3 des Gesetzes, die Einrichtung von Anwaltskammern betreffend).

2. Die Staatsanwaltschaft hat in jedem einzelnen Falle mit dem Präsidenten der Anwaltskammer und dessen Stellvertreter mündlich:

sich darüber zu besprechen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für Anordnung einer Vertretung überhaupt, insbesondere aber durch die Staatsanwaltschaft des Obergerichts vorliegen, auch über ein Mitglied der Anwaltskammer, welchem die Functionen des Syndicus zu übertragen, thunlichst zu vereinbaren.

3. Hierauf entscheidet die Staatsanwaltschaft über das

Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen und bestimmt im Bejahungsfalle ein Mitglied der Anwaltskammer zum Vertreter.

4. Dem Stellvertreter ist die Stellvertretung mittelst schriftlicher Verfügung zu übertragen.

Eine Abschrift dieser Verfügung ist dem Präsidenten der Anwaltskammer zuzufertigen.

5. Ueber die erfolgte Anordnung der Stellvertretung ist von der Staatsanwaltschaft sofort und unter Hervorhebung der näheren Umstände an die Oberstaatsanwaltschaft zu berichten.

6. Die Anordnung der Stellvertretung durch die Staatsanwaltschaft gilt als provisorische Maßregel und kann demgemäß von der Oberstaatsanwaltschaft entweder ganz oder theilweise aufgehoben werden.

Wir weisen die Staatsanwaltschaften an, nach den vorstehenden Vorschriften zu verfahren, auch beglaubigte Abschriften dieses Generalrescripts den Anwaltskammern behuf Kenntnißnahme und Nachachtung zuzufertigen.

2.

Rescript des K. Justiz-Ministerii an die Staatsanwaltschaft des K. O.-G. zu Hannover vom 10. Febr. 1853, über die Zuordnung von Armenanwälten in Processen vor den K. Consistorien.

Auf die berichtliche Anfrage vom $^{9}/_{13}$. v. M. *), erklären Wir Uns darunter einverstanden, daß den K. Staats-

*) Eine in Celle wohnhafte arme Ehefrau, die beim Consistorium zu Hannover wegen böslicher Verlassung gegen ihren Ehemann auf Ehescheidung klagen wollte, hatte unter Bezugnahme auf die §§. 36 bis 39 des Gesetzes über die Anwaltskammern die Zuordnung eines Armenanwalts bei der Staatsanwaltschaft zu Hannover beantragt; letztere trug aber Bedenken darauf einzugehen, weil die Befugniß der Partei, die Beiordnung eines Armenanwalts zu verlangen, lediglich ein Ausfluß des ihr nach der B. P.-O. zu bewilligenden Armenrechts und daher auf Processe vor den *weltlichen* Gerichten zu beschränken sei und berichtete dieserhalb an K. Justiz-Ministerium, worauf die obige Erwiederung erfolgte.

anwaltſchaften in Betreff der Beiordnung von Anwälten behuf Vertretung von Parteien in Ehe- und Verlöbniß-Proceſſen vor den Conſiſtorial-Behörden eine Theilnahme nicht zuſteht.

3.

Schreiben des K. Juſtiz-Miniſterii an das K. Finanz-Miniſterium vom 28. Febr. 1853, über die Zulaſſung der Rechtsbeiſtände auch im Ermäßigungs-Verfahren der Steuer-Contraventions-Proceſſe.

Dem K. Finanzminiſterio beehren Wir Uns auf die zu Unſerer Erwägung verſtellte Frage:

ob das frühere Verbot des Auftretens von Rechtsbeiſtänden im Steuer-Contraventions-Verfahren in Beziehung auf das Ermäßigungs-Verfahren noch beſtehe?

das Folgende ergebenſt zu erwiedern.

Der §. 1 des Geſetzes vom 8. Novbr. 1850 über das gerichtliche Verfahren in Steuer-Contraventionsſachen ſichert verſchiedenen §§. des Geſetzes vom 7. März 1845, namentlich auch dem §. 130, welcher die Unzuläſſigkeit von Rechtsbeiſtänden ausſpricht, ihre unveränderte Gültigkeit inſoweit, als ſie nicht durch das Geſetz über die Gerichtsverfaſſung oder durch das Geſetz ſelbſt modificirt ſind. Eben in Beziehung auf den §. 130 des Geſetzes vom 7. März 1845 enthält nun aber das Geſetz über die Gerichtsverfaſſung eine ſehr weſentliche Modification, indem der §. 69 daſelbſt im zweiten Abſatze beſtimmt:

„die Beſchränkung, wonach in gewiſſen Fällen der Beiſtand eines Advocaten unzuläſſig war, wird allgemein aufgehoben.“

Dieſem Satz können Wir auch nicht die beſchränkende Auslegung geben, daß die Aufhebung dieſer Beſchränkung nur für das eigentliche gerichtliche Verfahren ausgeſprochen ſei; denn wenn das Geſetz über das Verfahren in Steuer-Contraventions-Sachen im §. 2 die Vorſchriften des alten Geſetzes über das gerichtliche Verfahren gänzlich aufhebt, der §. 1 aber andere Beſtimmungen, mit den durch das Geſetz über die Gerichtsverfaſſung herbeigeführten Modificationen in Kraft beläßt, ſo wird

sich nicht sagen lassen, das Gesetz über die Gerichtsverfassung habe nicht die Absicht haben können, andere Vorschriften, als solche, die sich auf das eigentliche gerichtliche Verfahren beziehen, zu modificiren. Es ließe sich diese Annahme höchstens per argumentum a contrario daraus ableiten, daß bei dem eigentlichen Rechtsverfahren die Aufhebung der Ausschließung der Rechtsbeistände nochmals ausdrücklich ausgesprochen ist. Allein, wenn man erwägt, daß der §. 9 cit. keineswegs der einzige Satz im Gesetze ist, auf den die Zulässigkeit von Rechtsbeiständen im gerichtlichen Steuer-Contraventions-Verfahren sich stützt, daß dieselbe vielmehr durch den §. 1 schon ganz allgemein ausgesprochen ist, so wird man ein solches argumentum a contrario für sehr bedenklich halten müssen, und jedenfalls zu prüfen haben, ob sonstige Gründe für die Annahme vorliegen, daß das durch dies Argument gewonnene Resultat dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Daß dies aber im vorliegenden Falle nicht der Fall sei, ergiebt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit Sicherheit. Der ursprüngliche Regierungsentwurf bot für ein solches argumentum a contrario gar keinen Anhaltspunkt; und daß es die Absicht der Stände, welche den ursprünglichen Entwurf modificirten, nicht gewesen, durch diese Aenderung auszusprechen, die Ausschließung der Advocaten von der Vertretung der Denunciaten solle für das Ermäßigungsverfahren, im Widerspruch mit dem im §. 1 ausgesprochenen Principe wieder hergestellt werden, ergeben die ständischen Motive mit Sicherheit.

Wir können deshalb nur der Ansicht sein, daß das im §. 130 des Gesetzes vom 7. März 1845 ausgesprochene Verbot der Vertretung durch Rechtsbeistände durch den §. 1 des Gesetzes vom 8. Novbr. 1850 auch für das Ermäßigungsverfahren aufgehoben sei.

4.

Anzeige der K. Oberstaatsanwaltschaft an K. O.-A.-G. vom 22. März 1853, den Verzicht der K. Domainen-Verwaltung auf Gebühren-Freiheit betreffend.

Dem K. O.-A.-G. beehre ich mich, hiemit dienstergebenst anzuzeigen, daß einer mir von K. Domainenkammer gemachten Anzeige zufolge

die Domanial-Verwaltung nach den getroffenen Bestimmungen, bei den gerichtlichen Verhandlungen Gebührenfreiheit nicht weiter in Anspruch nimmt, vielmehr die zum Ansatze kommenden Gebühren, denen auch die für Copialien beizurechnen, einschließlich der Personalgebühren und der Gerichtsvoigte berichtigen lassen wird.

5.

Rescript des K. Justiz-Ministerii an die Staatsanwaltschaft des K. O.-G. zu Nienburg vom 16. März 1853 über die Unzulässigkeit der Berechnung von Meilengeldern für die Gerichtsvoigte bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In Erwiederung auf den betreffenden Bericht vom $^{9}/_{10}$. d. M., erklären Wir Uns mit der Staatsanwaltschaft völlig darunter einverstanden, daß die Berechnung von Meilengeldern für die Gerichtsvoigte bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchaus unzulässig ist. Die Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 8. Novbr. 1850, mithin auch die Position 43 derselben, bezieht nach der Ueberschrift und nach der klaren Vorschrift im §. 1 des zubehörigen Gesetzes lediglich die Gebühren in den, nach den Bestimmungen der bürgerlichen Proceß-Ordnung vom nämlichen Tage zu verhandelnden Rechtsstreitigkeiten. Hieran hat durch das Dienstreglement für die Gerichtsvoigte vom 17. Septbr. v. J. selbstredend nichts geändert werden können und sollen. Vielmehr sind, wie auch der §. 79 dieses Reglements bestimmt hervorhebt, rücksichtlich des Gebührenbezuges in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Zeit noch die bisherigen Vorschriften, namentlich die revidirte Sportelntaxe für die Untergerichte vom 13. Decbr. 1834, als allein maßgebend anzusehen.

Die weitergehenden Bedenken, welche von der Staatsanwaltschaft in solcher Veranlassung erhoben sind, dürften sich durch die Erwägung erledigen, daß nach dem dermaligen Stande der Gesetzgebung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit den

Gerichtsvoigten selbständige Befugnisse überall nicht zustehen, und daß die Zuständigkeit der Amtsgerichte, in deren alleinigem Auftrage Behändigungen und sonstige Hülfshandlungen in den fraglichen Sachen von den Gerichtsvoigten vorzunehmen sind, auf den Bezirk des betreffenden Amtsgerichts sich beschränkt.

Den Amtsgerichten ist durch §. 20 des Organisations-Edictes vom 8. Novbr. 1850 (vergl. auch §. 2 der Verordnung über Bildung der Amtsgerichte ꝛc. vom 7. Aug. 1852), die freiwillige Gerichtsbarkeit in demselben Umfange zugewiesen, wie solche bisher von den Gerichten ausgeübt wurde. Kein Gesetz hingegen ermächtigt die Gerichtsvoigte, z. B. die im Berichte erwähnten Kündigungen auf Antrag einer Privatperson in Kraft eines öffentlichen Acts vorzunehmen; namentlich ist der §. 67 des Organisations-Edictes, wie eine Vergleichung mit dem ersten Satze des §. 31 ergiebt, nur auf streitige Sachen zu beziehen. Die Verbindlichkeit der Gerichtsvoigte zur Mitwirkung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist vielmehr bloß aus dem zweiten Satze des §. 31 abzuleiten, wonach sie die vom Amtsgerichte ihnen ertheilten Aufträge zu besorgen haben, und erst das Dazwischenkommen eines solchen Auftrages kann ihren Handlungen die Eigenschaft der Oeffentlichkeit verleihen. Sind daher auch die Gerichtsvoigte an sich für den ganzen Obergerichtsbezirk zuständig, (§. 53 Unserer Bekanntmachung vom 7. Septbr. v. J. und §. 2 des Dienstreglements für die Gerichtsvoigte vom 17. desselben Mts.), so werden doch die Amtsgerichte ihnen nur solche Aufträge ertheilen dürfen, welche innerhalb des Amtsgerichtsbezirks zur Ausführung zu bringen sind, und von der Vorschrift im §. 5 des Dienstreglements, wonach die Gerichtsvoigte „den Parteien", welche sich ihrer bedienen wollen, zur ungesäumten Dienstleistung verpflichtet sind, kann hier nicht die Rede sein, weil die Verbindlichkeit zur dienstlichen Thätigkeit eine entsprechende Befugniß voraussetzt.

6.

Anweisung des K. Justiz-Ministerii, die Reisekosten und Diäten der bei den Gerichten Angestellten betreffend.

Wir bestimmen, im Einverständnisse mit dem Königlichen Finanz-Ministerium, über die Reisekosten und Diäten der bei den Gerichten Angestellten, sofern dieselben aus der öffentlichen Kasse erfolgen, das Nachstehende:

§. 1. Reisekosten sind bei allen auf die Gerichte bezüglichen Dienstreisen nach Maßgabe der Bestimmungen der Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu berechnen. In sonstigen Fällen kommt, abgesehen von besondern Vorschriften, das Ausschreiben des Königlichen Gesammt-Ministeriums vom 29. Septbr. 1848, betr. die Reisekosten der im Civildienst Angestellten, zur Anwendung.

§. 2. Diäten sind in allen Fällen, wo nicht gesetzliche oder mit der allgemeinen Stände-Versammlung vereinbarte Bestimmungen (Straf-Proceß-Kostentaxe, Diäten für die Mitglieder ständischer Versammlungen) ein Anderes vorschreiben, ebenfalls nach der Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu berechnen (vergl. jed. §. 3).

§. 3. Für die von den Amtsrichtern und Actuaren außerhalb des Gerichtssitzes im Gerichtsbezirke zu regelmäßig wiederkehrenden Zeiten abzuhaltenden Sprech- und Gerichtstage sind Diäten nach Maßgabe der Vorschriften der Gebührentaxe in Strafsachen zu berechnen.

§. 4. Reisekosten und Diäten der Beamten der Staatsanwaltschaft behuf ihrer Visitationsreisen sind bei Uns zu liquidiren.

Reisekosten und Diäten der Amtsrichter behuf Vertretung eines benachbarten Amtsrichters, desgleichen der Amtsrichter und Actuare in dem im vorigen §. erwähnten Falle sind auf die Büreaukosten der Aemter und Amtsgerichte anzuweisen. Die Anweisung erfolgt durch das Amtsgericht, dem der Empfangsberechtigte angehört, und wenn diesem ein besonderer Kredit für die Büreaukosten nicht eröffnet ist, durch das betreffende Amt.

7.

Rescript des K. Justiz-Ministerii vom 21. März 1853, die Berechnung der Diäten der Gerichtspersonen in Strafsachen betr.

Im zweiten Absatze des §. 9 (Nr. 1) des Gesetzes vom 8. November 1850, die Gebührentaxe in Strafsachen betr., wird die Regel aufgestellt, daß an Diäten dem Richter 1 ℛ und dem Gerichtsschreiber 16 *ggr* für jeden Tag bewilligt werden sollen. Der dann folgende dritte Absatz, dahin lautend:

„sehen sich die genannten Personen genöthigt, außerhalb ihres Wohnortes zu übernachten, so ist dieser Satz zu verdoppeln," bezielt eine Ausnahme und ist eben deshalb im eingeschränkteren Sinne zu verstehen. Es führt nun aber schon die grammatische Interpretation dieser Ausnahmsbestimmung keineswegs mit Nothwendigkeit zu der Ansicht, daß der Doppelsatz von 2 ℛ und bez. 1 ℛ 8 *ggr* für jeden Tag, ohne Rücksicht auf die Zahl der dazwischen liegenden Nächte, eintrete, wenn überhaupt nur eine Uebernachtung Statt gefunden hat. Vielmehr lassen jene Worte mindestens eben so ungezwungen auch die Auslegung zu, daß der Doppelsatz nur so oft Platz greife, als dem Tage eine Uebernachtung gefolgt ist, m. a. W. daß der einfache Diätensatz für jeden Tag und für jede Nacht besonders zu berechnen sei. Sieht man ferner auf die Absicht des Gesetzgebers, so hat offenbar nur für die Kosten des Nachtquartiers eine besondere Vergütung bewilligt werden sollen. Es kommt endlich hinzu, daß die Frage in Beziehung auf die von den bisherigen Criminalbeamten, namentlich bei Reisen in die beigelegten Aemter zu berechnenden Diäten, bereits mittelst eines Rescripts des vormaligen K. Cabinetsministerii vom 19. Mai 1835, wesentlich in demselben Sinne entschieden ist, was insofern nicht ohne Bedeutung, als das Gesetz vom 8. November 1850 seinen Motiven zufolge thunlichst an das Bestehende sich hat anschließen wollen.

Aus diesen Gründen haben der Richter und der Gerichtsschreiber für eine fünftägige Reise, auf welcher sie viermal übernachtet haben, nicht 10 ℛ und bez. 6 ℛ 16 *ggr*, sondern nur 9 ℛ und bez. 6 ℛ zu berechnen.

8.

Officielle Nachricht über die Rechtshülfe in den Nordamerikaniſchen Freiſtaaten in Bezug auf Zeugenvernehmung.

Durch Reſcript des K. Juſtiz-Miniſterii vom 16. November 1849 an K. O.-A.-G., wird demſelben folgende an den Geſandten zu Berlin gerichtete Mittheilung der Regierung der nordamerikaniſchen Freiſtaaten in Bezug auf die in denſelben geltenden Grundſätze über Vernehmung von Zeugen, welche ſich auf eine in einem andern Staate geführte Unterſuchung oder einen dort anhängigen Rechtsſtreit bezieht, zur Kunde gebracht:

In answer to the inquiries made in the letters of the Hanoverian Ministers, you will state, that there exists no law in this country, by which any court of justice could be required to take the deposition of the witnesses in the case of F. R. Meier, or by which the six individuals, mentioned in the letter of the Hanoverian Minister of Justice, could be compelled to testify in the case of the Hanoverian Government vs F. R. Meier.

In cases arising in the Courts within any state of the United States, where depositions are to be taken from persons, residing in another State (of the Union), such depositions are made before a Commissioner appointed by the State, within which the law proceedings are instituted.

But in the case in question, the law proceedings being instituted in a foreign country, such a voluntary testimony as that, given and sworn to by the six individuals before the Consuls of Hanover and Prussia in St. Louis, is all the testimony, which can be expected and its legality must be judged of by the Courts of Hanover alone. We have no law providing for taking testimony in such a case.

IX. Miscellen. Bücheranzeigen.

Verzeichniß der Präsidenten, Vicepräsidenten und Räthe des K. Oberappellations-Gerichts zu Celle, nach dem vom verstorbenen OARathe Friedrich v. Bülow in seinem Buche „über die Verfassung ꝛc. des K. OAG." Theil I. pag. 107. 108. 121. 122. 175 ff. aufgestellten, den Zeitraum vom Jahre 1711 bis 1800 umfassenden Verzeichnisse mitgetheilt und bis 1853 fortgeführt.

Vom Herrn OASecretair Dr. Kirchner zu Celle.

I. Verzeichniß der Präsidenten des OAG.

	Namen und frühere Stellung.	Einführung	Abgang.
1.	**Weipart Ludwig von Fabrice** (Geheimrath u. Vice-Canzler zu Celle).	14. Oct. 1711.	Starb 29. Oct. 1724 zu Celle.
2.	**Rudolph Johann Fhr. von Wrißberg** (OARath, Geh. Rath und Reichstags-Gesandter).	25. Juni 1726.	Starb 30. August 1764 zu Celle, nachdem er bereits 1728 zum wirkl. Geh. Rath ernannt war.
3.	**Albrecht Friedrich von Lenthe** (Geh. Rath, auch OARath).	9. Febr. 1765.	Am 1. März 1769 in K. Ministerium nach Hannover versetzt; bereits seit 31. Oct. 1768 wirkl. Geh. Rath nebst Sitz in der Kriegs-Canzlei.
4.	**Detlef Alexander von Wenckstern** (Vicepräs. des OAG.).	16. März 1769.	Seit 1769 wirkl. Geh. Rath mit Sitz und Stimme im K. Ministerio, 22. Juni 1771 in dasselbe auf beständig nach Hannover versetzt.
5.	**Ernst August von Schlepegrell** (Geheim. Cammer-Rath zu Hannover, früher OAR.).	22. Juni 1771.	Starb 31. Decbr. 1782 zu Celle, mit dem Range und Prädicate eines wirkl. Geh. Raths.
6.	**Thedel Friedrich v. Wallmoden** (Vicepräsident des OAG.).	18. Juni 1783.	Verstarb zu Celle 2. November 1788.

	Namen und frühere Stellung.	Einführung	Abgang.
7.	**Georg Friedrich August v. d. Wense** (Vicepräsid. des OAG.).	19. Juni 1789.	Im November 1801 zum wirkl. Geh. Rath mit Sitz und Stimme im Ministerio ernannt; gest. 26. Sept. 1811.
8.	**Otto Ludwig v. Schlepegrell** (desgl.).	24. Januar 1817.	Starb 12. Jan. 1820.
9.	**Carl Wilhelm August Freiherr v. Stralenheim** (desgl.).	29. Mai 1820.	Im Juni 1828 z. Staats- und Cabinets-Minister ernannt.
10.	**Anton Friedrich v. Beulwiz** (desgl.).	16. Juli 1828.	Starb 18. Juli 1840.
11.	**August Friedrich Emil v. d. Osten** (desgl.).	25. Sept. 1840.	

II. Vicepräsidenten bis 1740.

	Namen und frühere Stellung.	Einführung	Abgang.
1.	**Johann Christoph von Hedemann** (früher Hofrath zu Celle).	14. Oct. 1711.	Starb 19. April 1736. nachdem er seit 1732 von aller Arbeit dispensirt war.
2.	**Georg Friedrich von Marquard** (OARath).	12. August 1732.	Starb 14. August 1740.

Vicepräsidenten seit Einführung zweier Vicepräsidenten-Stellen (1740).

A. Von der adlichen Bank.

4.	**Ludwig Frhr. von Gemmingen** (OARath).	25. Oct. 1740.	Erhielt 29. Nov. 1764 die nachgesuchte Dienstentlassung.
6.	**Detlev Al. von Wenckstern** (OARath).	9. Februar 1765.	Seit 1769 Präsident.
8.	**Thedel Friedr. von Wallmoden** (OARath).	16. März 1769.	Seit 1783 Präsident.
9.	**Adolph Christian von Uffel** (OARath).	26. August 1783.	Starb 18. Januar 1783.
11.	**Georg Friedrich von der Wense** (OARath).	8. März 1785.	Seit 1789 Präsident.

	Namen und frühere Stellung.	Einführung	Abgang.
13.	**Otto Ludwig von Schlepegrell** (OARath).	18. Sept. 1789.	Am 15. Januar 1817 zum Präsidenten ernannt.
16.	**Friedrich August v. Leutsch** (Königl. Sächs. Geh. Rath).	10. März 1817.	Gestorben 3. Juli 1818.
17.	**Carl Wilhelm August v. Stralenheim** (Canzleidir. in Göttingen).	19. Jan. 1819.	Am 17. Mai 1820 zum Präsidenten ernannt.
18.	**Anton Friedrich v. Beulwiz** (OARath).	12. Juli 1820.	Am 8. Juli 1828 zum Präsidenten ernannt.
19.	**Bodo Friedrich v. d. Wense** (OARath).	16. Juli 1828.	Gestorben 7. Juni 1832.
21.	**August Friedrich Emil v. d. Osten** (Canzleidirector in Celle).	6. October 1832.	Seit 1840 Präsident.
23.	**Ludwig Maximilian von Hammerstein** (OARath).	21. Nov. 1840.	Gestorben 10. März 1842.
24.	**Friedr. Christian Ludwig von Schlepegrell** (OAR.).	30. Sept. 1842.	Den 28. Oct. 1850 in Pension getreten.

B. Von der gelehrten Bank.

3.	**Hermann Conrad v. Hugo** (OARath).	24. August 1740.	Starb 26. April 1758.
5.	**Friedrich von Beurhaus** (OARath).	12. Juni 1758.	11. Nov. 1767 pensionirt, starb 20. April 1769.
7.	**Friedrich Esaias v. Pufendorf** (OARath).	16. Nov. 1767.	Starb 25. August 1785.
10.	**Joh. Wilhelm v. Bilderbeck** (OARath).	12. Oct. 1785.	Starb 30. Sept. 1786.
12.	**Georg Wilhelm v. Willich** (OARath).	20. Nov. 1786.	Pensionirt 24. Sept. 1791, starb 5. März 1792.
14.	**Gerhard Ludwig v. Voigt** (OARath).	29. Sept. 1791.	9. November 1801 in den Ruhestand versetzt.
15.	**Wilhelm Gottfried von Werlhof** (OARath).	14. Nov. 1801.	Gestorben 4. August 1832.
20.	**Georg Christian Franz Wedemeyer** (Canzleidirect. in Göttingen).	20. August 1832.	Am 3. Mai 1839 in den Ruhestand getreten.
22.	**Dr. Justus Christoph Leist** (Geh. Cabinets-Rath).	27. Mai 1839.	

Nach der durch das Gesetz vom 22. Juni 1848 erfolgten Aufhebung der adlichen Bank und Einführung einer dritten Vicepräsidentenstelle im October 1852.

	Namen und frühere Stellung.	Einführung	Abgang.
23.	**Otto Albrecht v. Düring** (Vorstand d. Justiz-Min.).	1. Nov. 1850.	
24.	**Rudolph Carl Christian August von Rössing** (Staats- u. Justiz-Min.).	12. Oct. 1852, als 3. Vicepräs. u. Vorsitz. des Crim.-Senats.	

III. Oberappellations-Räthe.

A. Appellations-Räthe von der adlichen Bank.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
1.	**Rudolph Johann Freiherr v. Wrißberg** (Hofrath zu Hannover).	12. März 1714.	Ward am 25. Sept. 1714 zum Reichstags-Gesandten, und 1724 zum Tribunals-Präsidenten ernannt.
2.	**Albrecht Werner v. Lenthe** (Hannov. HGAssessor).	Cal. pr. 14. Oct. 1711.	Starb 3. Oct. 1727.
3.	**Georg Ludwig v. Bülow** (Mecklenburg. Regierungs-Rath und Cammerjunker).	Lüneb. pr. 14. Oct. 1711.	1735 zum Landdrosten in Gifhorn ernannt.
4.	**Ernst v. Gustedt** (Sachsen Weißenfels. Hof- und Regierungs-Rath).	Grub. pr. 17. Oct. 1712.	Ward d. 7. März 1719 Zellescher Canzlei-Director.
5.	**Gerlach Adolph v. Münchhausen** (Churfächs. extraordin. Oberappellat.-Rath).	6. Mai 1716.	Ward 1726 Reichstags-Gesandter, u. 1728 Geheim-Rath zu Hannover.
6.	**Christoph Jürgen von d. Lieth** (Stadescher Hof-Gerichts-Assessor).	Brem. pr. 29. Jan. 1717.	Erhielt d. 11. März 1734 die nachgesuchte Dienst-Entlassung.
7.	**Rudolph Anton v. Alvensleben** (Königl. Preuß. Regierungs-Rath).	27. Oct. 1717.	Ging am 29. April 1719 als Kreis-Commissar. nach Mecklenburg, u. ward 1728 Geh. Rath zu Hannover.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
8.	**Johann Wilhelm Diede zum Fürstenstein** (Hannoverscher Hofrath).	Grubenh. praesent. 15. Dec. 1819.	Ging im Mai 1728 auf Gesandtschaft nach Regensburg und von da nach Wien, trat 1733 in das Königl. Ministerium.
9.	**Ludwig Freiherr v. Gemmingen** (Wolfenbüttelscher Hofrath).	20. Oct. 1727.	Ward d. 25. Oct. 1740 erster Vicepräsident von der adelichen Bank.
10.	**Jobst Ludwig Adam von Oldershausen** (Hannov. HGAssessor).	Cal. pr. 2. April 1728.	Erhielt d. 17. Dec. 1733 d. erbetene Dienstentlassung.
11.	**Eberhard Hartmann von Erffa** (Schwarzb. Rudolstädt. Regierungs-Rath u. Landeshauptmann).	10. Mai 1729.	Ward 1733 an den Kaiserl. Hof versendet; erhielt am 2. November 1736 die nachgesuchte Dimission.
12.	**Georg August von Marschalck** (Stadescher Hof-Gerichts-Assessor).	8. Nov. 1730.	Starb d. 4. März 1736.
13.	**August Wilhelm v. Schwicheldt** (Wolfenbüttel. Hof-Gerichts-Assessor).	25. Jan. 1734.	Ward am 25. April 1739 zum Geheim-Krieges-Rath mit Vorbehalt des Regresses u. der Anciennetät ernannt.
14.	**Albrecht Friedr. v. Lenthe** (Zellescher Hofrath).	Calenberg. praesent. 8. März 1734.	Ward am 16. Juli 1754 zum GRath und am 20. Oct. 1764 zum OAGerichts-Präsidenten ernannt.
15.	**Bodo Friedrich v. Bodenhausen** (Sachs. Weimar. Hofrath).	Grubenh. praesent. 3. April 1734.	Ward d. 2. August 1738 zum Regierungs-Rath in Stade ernannt.
16.	**Johann Clamor August von dem Bussche** (Hannov. HGAssessor).	Brem. pr. 12. Mai 1735.	Ward den 8. Juni 1743 Geh. Cammer-Rath.
17.	**Ernst August Grote** (Zellescher Hofrath und Hof-Gerichts-Assessor).	Lüneb. pr. 2. Sept. 1735.	Starb d. 4. August 1758.
18.	**Curd Heinrich von der Lühe** (Hannov. Hofrath).	8. Sept. 1735.	Erhielt am 30. Dec. 1738 die gesuchte Dimission, mit Vorbehalt des Regresses und der Anciennetät.
19.	**Christoph Friedrich von Campen** (Hannoverscher Hofrath.)	4. Oct. 1738.	Starb d. 8. August 1739.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
20.	**Levin Adolph von Hake** (Hannov. Hofrath).	8. Sept. 1739.	Ward am 4. Mai 1740 zum Hofrichter in Hannover befördert.
21.	**Detlev Alexander von Wenckstern** (Hann. Hofr.).	30. März 1740.	Ward d. 30. Nov. 1764 Vicepräsident.
22.	**Günter von Bünau** (Hannoverscher Hofrath).	28. März 1741.	Ward im December 1752 RCGerichts-Assessor.
23.	**Georg Reinhard Freiherr Langwerth v. Simmern** (Hannoverscher Hofrath).	24. Febr. 1744.	Laut Notificatorii vom 11. Dec. 1756 von seiner Function mit Landdrosten-Character u. einer Pension von 500 Thlr. dispensirt.
24.	**Claus Friedrich v. Plate** (Stadescher HGAssessor).	Brem. pr. 24. März 1744.	Den 6. Mai 1745 verstorben.
25.	**Benedix Bremer** (Hannov. Hofrath).	Brem. pr. 8. Nov. 1745.	Ward am 20. Juli 1754 als GCammer-Rath nach Hannover versetzt.
26.	**Ernst August v. Schlepegrell** (Zellescher auch Hannoverscher HGAssessor).	9. Januar 1754.	Ward den 1. April 1760 GCRath, u. 1771 Präsident des OAGerichts.
27.	**Otto Wilhelm v. Wersebe** (Bremescher HGAssessor u. Oberdeich-Gräfe).	Brem. pr. 22. März 1755.	Ward am 8. März 1758 zum Regierungs-Rath in Stade ernannt.
28.	**Thedel Friedrich v. Wallmoden** (Hannov. HGAss.).	8. Juni 1757.	Ward den 1. März 1769 Vicepräsident.
29.	**Rudolph v. Gustedt** (Zellescher Hofrath).	Brem. pr. 8.Oct.1759	Starb den 9. Juni 1783.
30.	**Gotthelf Dieterich v. Ende** (Wolfenbüttelsch. Hofrath).	Lüneburg. praesent. 29. Mai 1760.	Ward am 12. Dec. 1765, nachdem er, bereits ein Jahr vorher, bei der Regierung zu Osnabrück angesetzt gewesen, mit Vorbehalt des Regresses, zum Regierungs-Rath ernannt.
31.	**Ludwig Friedrich v. Beulwiz** (Waldeckscher Regierungs-Rath).	14. März 1761.	Ward am 16. Sept. 1769 mit Beibehaltung seiner Stelle, Reichstagsgesandter; und am 8. Mai 1783 Geheim-Rath.
32.	**Adolph Christian Ernst v. Uffel** (Sachs. Weimar. Hof- und Regier.-Rath).	Cal. pr. 7. Sept. 1765.	Ward am 28. Juli 1783 Vicepräsident.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
33.	**Christian Ludwig August von Arnswaldt** (Sachsen Weimar. Regierungsrath).	19. April 1766.	Ward am 7. Dec. 1775 Canzleidirect. in Hannover.
34.	**Heinrich Wilhelm von Bülow** (Hannoversch. Hofrath).	Lüneburg. praesent. 24. Jan. 1767.	Erhielt am 18. Juli 1777 die nachgesuchte Dienstentlassung, mit Beilegung des Prädic. eines Cammerherrn.
35.	**Friedrich Ludwig von der Osten** (Hannov. Hofrath).	17. März 1770.	Starb am 7. April 1783.
36.	**Georg Friedrich von der Wense** (Justizr. zu Stade).	27. August 1776.	Ward am 3. März 1785 Vicepräsident.
37.	**Otto Ludwig v. Schlepegrell** (Zellescher HGerichts-Assessor).	Lüneb. pr. 6. Juni 1778.	Ward am 17. Sept. 1789 Vicepräsident.
38.	**Dieterich August Adolph von Wersebe** (Justizrath zu Stade).	27. Nov. 1783.	Erhielt d. 12. Mai 1800 d. nachgef. Dienstentlassung, mit Beileg. des Characters von Landdrost und General-Majors-Rang.
39.	**Carl August Ludwig v. Harling** (Zell. Hofrath).	1. Dec. 1783.	Gest. am 2. April 1804.
40.	**Dieterich Christian Arnold v. Zesterfleth** (Justizrath zu Stade).	Brem. pr. 15. März 1784.	Den 22. Februar 1817 in Ruhestand getreten.
41.	**Carl Philipp Graf von Hardenberg** (Hannoversch. HGAssessor).	Calenb. pr. 16. August 1784.	Im Jahre 1816 zum Oberhofmarschall ernannt.
42.	**Victor Friedrich Adolph von der Wense** (Zellescher Hofrath und HGAssessor).	23. Sept. 1785.	Starb d. 14. Oct. 1798.
43.	**Friedrich v. Bülow** (Zellescher Hofrath).	Lüneb. pr. 10. Mai 1790.	Im Jahre 1805 in Königlich Preuß. Dienste getreten.
44.	**Ferdinand Adolph von Ende** (Justizr. zu Stade).	Verd. pr. 27. Febr. 1792.	Im Jahre 1803 entlassen.
45.	**Carl Adolph v. Ompteda** (Hof- u. Canzlei-Rath in Hannover).	16. Dec. 1800.	Gest. den 15. Mai 1817.
46.	**Carl Wilhelm August v. Stralenheim** (Hofrath in Hannover).	Vom OAG. pr. 21. Febr. 1805.	Den 31. Dec. 1816 zum Canzleidirect. in Göttingen ernannt, nachher Justizmin.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
47.	**Anton Friedrich v. Beulwiz** (Hofrath in Hannov.).	Vom OAG. praes. 10. April 1805.	Den 1. Juli 1820 zum Vicepräsidenten ernannt.
48.	**Bodo Friedrich v. d. Wense** (Assessor in Hannover).	Lüneb. pr. 19. Dec. 1805.	Den 15. Juli 1828 zum Vicepräsidenten ernannt.
49.	**v. d. Busssche** (Justizrath in Stade).	Hoy. pr. 10. Juli 1807.	Im September 1842 in den Ruhestand gesetzt; 1852 gestorben.
50.	**Ludwig Maximilian von Hammerstein** (Hofrath in Hannover).	Cal. Grub. pr. 27. Jan. 1817.	Im Jahre 1840 zum Vicepräsidenten ernannt.
51.	**August Friedrich Emil v. d. Osten** (Justizrath in Stade).	Verd. pr. 10. Juli 1817.	Den 15. Oct. 1827 zum Canzleidirector in Celle ernannt; Präsident d. OAG. seit 1840.
52.	**Christian Graf von Kielmansegge** (Hof- und Canzlei-Rath).	2. Dec. 1817.	Den 1. Oct. 1832 zum Canzleidir. in Celle ernannt.
53.	**Benedix Christian v. d. Decken** (Justizr. in Stade).	Brem. pr. 10. Jan. 1818.	Den 12. März 1819 gestorben.
54.	**Bernh. Emmerich Adolph Alexander v. Uslar, jetzt Freiherr v. Uslar-Gleichen** (Hof- und Canzlei-Rath in Hannover).	3. Dec. 1818.	
55.	**Johann Casper von der Wisch** (Justizrath u. Hofgerichts-Assessor).	Brem. pr. 29. März 1820.	Den 23. Dec. 1824 zum Landdrosten in Aurich ernannt; später Minister des Innern.
56.	**Friedrich Christian Ludwig v. Schlepegrell** (Hof- und Canzleirath in Celle).	14. Febr. 1821.	Im Jahre 1842 zum Vicepräsidenten ernannt.
57.	**Carl Wilhelm Adolph Gottlieb v. Zerßen** (Hof- u. Canzleirath in Hann.).	17. Jan. 1825.	Im Jahre 1848 in den Ruhestand getreten und den 12. Juni 1849 gestorben.
58.	**Anton Dietrich v. Wersebe** (Hofgerichts- und Amtsassessor in Stade).	Brem. pr. 22. Nov. 1825.	
59.	**Ernst von Lenthe** (Justizrath in Celle).	Lüneb. pr. 20. Mai 1829.	Im März 1843 definitiv zum Bundestags-Gesandten ernannt.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
60.	**Anton Franz Graf zu Inn- und Knyphausen** (Justizrath in Aurich).	28. Jan. 1833.	
61.	**Carl Friedrich Ernst Aug. von Bothmer** (Justizrath in Celle).	15. Mai 1840.	Im Jahre 1848 zum Canzleidirector in Celle ernannt.
62.	**Adolph von Wangenheim** (Justizrath in Hannover).	22. März 1841.	Im Jahre 1843 zum Präsidenten des Obersteuer- und Schatz-Collegii ernannt.
63.	**August Friedrich Ludwig v. d. Osten** (Justizrath in Aurich).	3. Juni 1841.	
64.	**Rudolph Carl Christian von Rössing** (Justizrath in Göttingen).	Cal. Grub. praesent. 15. Juli 1841.	Den 30. Oct. 1850 zum Staats- und Justizminister ernannt.
65.	**Ludwig von Schlepegrell** (Justizrath in Celle).	31. März 1843.	
66.	**Gustav Ernst v. Trampe** (Justizrath in Göttingen).	Hoy. pr. 8. Mai 1843.	
67.	**Otto August Wilhelm v. Estorff** (Justizr. in Celle).	Lüneb. pr. 30. Mai 1844.	
68.	**Adolph Friedrich Langwerth von Simmern** (Justizrath in Göttingen).	Für Lüneb. vom OAG. pr. 30. Mai 1844.	Den 31. März 1851 in den Ruhestand getreten.
69.	**Otto Albrecht v. Düring** (Justizrath in Stade).	3. Dec. 1847.	Im März 1848 zum Vorstand des Justizm. ernannt.
70.	**Erblanddrost Germann v. Bar** (Justizrath in Osnabrück).	7. Mai 1848.	

B. Oberappellations-Räthe von der gelehrten Bank.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
1.	**Christoph von Bilderbeck** (Zellescher Hofrath).	14. Oct. 1711.	Starb im Februar 1715.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
2.	**Tobias Reimers** (Zellescher HGAssessor, auch Bürgermeister u. erster Syndicus zu Lüneburg).	Calenberg. praesent. 14. Oct. 1711.	Starb d. 22. Dec. 1716
3.	**Georg Friedrich v. Marquart** (Lauenb. HGAssessor u. Lüneburg. Land-Synd.).	Lüneb. pr. 14. Oct. 1711.	Ward am 12. August 1732 als Vicepräsident introducirt.
4.	**Heinrich Anton Strube** (Hoyaischer Land-Syndic.).	Hoy. pr. 14. Oct. 1711.	Am 25. October verstorb.
5.	**Johann Heinrich Bünting** (Hofrath zu Hannover).	22. Sept. 1714.	Starb im März 1715.
6.	**Georg von Engelbrechten** (Zellescher Hofrath).	Brem. pr. 22. Juni 1716.	Starb d. 21. Sept. 1734.
7.	**Joachim Hennig v. Bilderbeck** (Zellescher HGAssessor und Stadt-Syndicus).	Verd. pr. 26. Juni 1716.	Starb den 20. Febr. 1727.
8.	**Hermann Conrad v. Hugo** (Mecklenburg-Strelitzischer Canzleirath).	Cal. pr. 1. Mai 1717.	Ward d. 24. August 1740 Vicepräsident.
9.	**Friedrich von Beurhaus** (Preuß. Cammergerichts- und Criminalrath).	Hoy. pr. 21. April 1728.	Ward d. 12. Juni 1758 als Vicepräsident introduc.
10.	**Johann Just v. Voigts** (Blankenburg. Hof- und Consistorialrath).	Verd. pr. 25. August 1728.	Starb den 3. Dec. 1765.
11.	**Esaias Pufendorf** (Zellescher Hofrath).	Lüneb. pr. 24. März 1713.	Starb d. 14. Febr. 1733.
12.	**Friedrich Wilhelm von Leyser** (Zellesch. Hofrath).	Gr. pr. 23. Dec. 1733.	Starb d. 15. Juli 1766.
13.	**Dietrich Basilius v. Stade** (Zellescher Hofrath).	Brem. pr. 21. März 1736.	Ward im April 1751 Canzleidirector zu Stade.
14.	**Daniel Heinrich v. Avemann** (Zellescher Hofrath).	Lüneb. pr. 27. Oct. 1738.	Starb d. 11. März 1747.
15.	**Friedrich Esaias v. Pufendorf** (Zellescher Hofgerichts-Assessor).	Grub. pr. 23. Febr. 1739.	Den 11. Nov. 1767 zum Vicepräsidenten ernannt.
16.	**Johann Christian Bacmeister** (Hannov. Hofrath).	8. April 1739.	Starb d. 2. August 1766.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
17.	**Albrecht Andreas v. Ramdohr** (Stadescher HGAssessor u. Verdenscher Stadt-Syndicus).	Calenberg. praesent. 2. März 1741.	Starb d. 18. Juni 1775.
18.	**Johann Wilhelm v. Bilderbeck** (Justizr. zu Stade).	Lün. pr. 8. Jan. 1748.	Unterm 5. Oct. 1785 zum Vicepräsidenten ernannt.
19.	**Anton Freiherr v. Ulmenstein** (Zellescher Hofrath).	Brem. pr. 21. Jan. 1752.	Starb d. 19. Juli 1785.
20.	**Georg Wilhelm v. Willich** Hoyaischer Land-Syndic.).	Hoy. pr. 8. Dec. 1759.	Am 17. Nov. 1786 zum Vicepräsidenten ernannt.
21.	**Heinrich Ludwig v. Werckmeister** (Hannov. HGAssessor und Consistorialrath).	Verd. pr. 11. Sept. 1766.	Starb d. 12. Jan. 1791.
22.	**Jobst Adolph von Voigt** (Hannoverscher Hofrath).	13. März 1767.	Unterm 21. Juni 1783 zum Canzleidirector in Hannover ernannt.
23.	**Heinrich Christian Crusen** (Hannoverscher Hofrath).	Brem.Verd. pr. 9. Nov. 1767.	Den 12. September 1774 verstorben.
24.	**Gerhard Ludwig v. Voigt** (Grubenh. Land-Syndic.).	Gr. pr. 17. Mai 1770.	Am 24. September 1791 zum Vicepräsident. ernannt.
25.	**Wilhelm Gottfried von Werlhof** (Hannov. Hofr.).	Cal. pr. 8. Mai 1775.	Am 9. November 1801 zum Vicepräsident. ernannt.
26.	**Doctor Justinus Ferdinand Friedrich v. Pestel** (Hannov. HGA. u. Conf.-Rath).	Cal. pr. 25. Juni 1776.	Starb d. 31. Jan. 1797.
27.	**Ernst August Rumann** (Hannoverscher Hofrath).	30. April 1784.	Am 7. November 1798 zum Vicecanzleidirector in Hannover ernannt.
28.	**Heinrich Ludwig v. Avemann** (Zellescher Hofrath).	Lüneb. pr. 1. Mai 1786.	Den 31. März 1801 gestorben.
29.	**Ludolph Friedrich Johann von Pufendorf** (Zellescher Hofrath).	Brem. pr. 2. Sept. 1786.	Den 6. März 1828 gestorben.
30.	**Friedrich Wilhelm Basilius von Ramdohr** (Hannoverscher HGAssessor).	Hoy. pr. 9. Febr. 1788.	Den 27. Januar 1806 in Königl. Preuß. Dienste getreten.
31.	**Georg Ernst von Rüling** (Hannoverscher Hofrath).	Grub.pr.2. Nov. 1792.	Den 10. Februar 1807 gestorben.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
32.	**Dr. Just Ludwig Bechtold Böhmer** (Hofrath in Hannover).	4. April 1799.	Den 20. Januar 1821 gestorben.
33.	**Dr. Theodor Hagemann** (Hofrath in Celle.).	20. April 1799.	Den 5. August 1819 zum Canzleidirector in Celle ernannt.
34.	**Johann Friedrich Theodor Reinbold** (Hof- u. Canzleirath in Hannover).	Cal. pr. 12. Nov. 1800.	Den 29. Januar 1807 gestorben.
35.	**Johann Andreas Stromeyer** (HGAssessor und Stadt-Syndicus in Celle).	Lüneb. pr. 8. Sept. 1801.	Den 26. Januar 1833 gestorben.
36.	**Adolph Friedrich v. Hinüber** (Justizrath in Stade).	Lüneb. pr. 21. März 1805.	Im Jahre 1817 zum Canzleidirector in Hannover ernannt.
37.	**Georg Christian Franz Wedemeyer** (Hof- und Canzleirath in Hannover).	Calenberg. praesent. 8. Juli 1808.	Den 30. December 1818 zum Canzleidirector in Göttingen ernannt, später Vicepräsident des OAGerichts.
38.	**Hartwig Gottlieb Wilh. Hartmann** (Hof- u. Canzleirath in Hannover).	Cal. pr. 16. Juli 1814.	Im December 1842 in den Ruhestand getreten.
39.	**Ferdinand Heinrich Brandis** (Hofrath in Hildesh.).	10. Febr. 1816.	Im Jahre 1823 zum Canzleidirector in Aurich ernannt.
40.	**Cornelius Sassen** (Justizrath in Aurich).	Ostfries.pr. 23. Jan. 1819.	Den 15. December 1840 gestorben.
41.	**Gottfried Adolph Wilh. Flöckher** (Justiz- u. Consistorialrath in Hildesh.).	Hildesh. praesent. 9. Dec. 1818.	Im Februar 1853 in Ruhestand getreten.
42.	**Dr. Georg Gruner** (Advocat in Osnabrück).	Osnabr. praesent. 9. Dec. 1818.	Im Jahre 1841 gestorben.
43.	**Johann Georg Wilhelm Meyer** (Hof- u. Canzleirath in Göttingen).	Cal. Grub. praesent. 5. Juli 1819.	Den 8. August 1831 zum Landdrosten in Lüneburg ernannt, später Canzleidirector in Osnabrück.
44.	**Carl Anton Adolph von Voigt** (Hof- und Canzleirath in Hannover).	27. März 1820.	Im Jahre 1828 gestorben.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
45.	**Georg Falcke** (Hof- und Canzleirath in Hannover).	16. Dec. 1823.	Den 2. März 1824 zum Director der 3 Landesgerichte der Herzogthümer Bremen und Verden ernannt, nachmals Geh. Rath, Vorstand des Kabinets u. d. Minist. d. auswärtigen Angelegenh.; gestorben d. 20. Sept. 1850.
46.	**Dr. Ernst Spangenberg** (Hof- und Canzleirath).	22. April 1824.	Den 18. Februar 1833 gestorben.
47.	**August Friedr. Koch** (Hof- und Canzleirath in Celle).	Verd. pr. 24. Nov. 1828.	Den 28. Januar 1851 gestorben.
48.	**Wilhelm Carl Ludwig v. Pufendorf** (Justizrath in Göttingen).	Brem. pr. 1. Juni 1829.	Den 4. April 1838 gestorben.
49.	**Carl Aug. Rudloff** (Justizrath in Osnabrück).	2. Juli 1829.	
50.	**Dr. Georg Ludwig Kern** (Justizrath in Göttingen).	Cal. pr. 6. October 1832.	Im Jahre 1840 gestorben.
51.	**Carl Jobst August von Reiche** (Justizr. in Celle).	Lüneburg. praesent. 28. Juni 1833.	Im Mai 1852 z. Staatsminister und Vorstand des Ministerii der geistlichen u. Unterrichts-Angelegenh. ern.
52.	**Dr. Georg Wilh. Planck** (Justizrath in Göttingen).	27. Sept. 1833.	Im Jahre 1847 zum Canzleidirector in Göttingen ernannt.
53.	**Ludwig Meder** (Justizrath in Stade).	Brem. pr. 8. Mai 1839.	
54.	**Heinrich Ernst Wilhelm v. Kneisen** (Justizrath in Stade).	15. Mai 1841.	Im Jahre 1847 gestorben.
55.	**Conrad Wilh. Georg Ludwig Wedemeyer** (Justizrath in Celle).	22. März 1841.	
56.	**Georg Friedrich Franz Gerhard v. Pape** (Justizrath in Hannover).	Cal. G. pr. 7. Febr. 1841.	Im August 1852 zum Obergerichtsdirector in Hameln ernannt.
57.	**Ernst Anton Bernhard Sassen** (Justizr. in Aurich).	Ostfr. pr. 7. Februar 1842.	

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
58.	**Dr. Heinrich August Bezin** (Consistorialrath in Osnabrück).	Osnabr. praesent. 13. Oct. 1842.	Im August 1852 zum Obergerichtsdirector in Meppen ernannt.
59.	**Franz August Hagemann** (Justizrath in Hildesheim).	Calenberg-Grub. pr. 6. Nov. 1843.	Den 4. Mai 1848 zum Canzleidirector in Hildesheim ernannt.
60.	**Georg Ludwig Martin** (Justizrath in Hannover).	16. Sept. 1847.	Im August 1852 zum Obergerichtsdirector in Osterode ernannt.
61.	**Gottlieb Heinrich Kirchhoff** (Justizrath in Aurich).	Ostfr. pr. 3. Dec. 1847.	
62.	**Albert Carl Georg Franz von Hugo** (Justizrath in Hildesheim).	12. Juli 1848.	

C. Oberappellations-Räthe nach der durch das Gesetz vom 22. Juni 1848 erfolgten Vereinigung der adelichen und gelehrten Bank.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
133.	**Christian Carl Otto von Hassell** (Justizr. in Stade).	11. Oct. 1848.	
134.	**Ludwig Windthorst** (Consistorialrath in Osnabrück).	Osnabr. praesent. 27. October 1848.	Im November 1851 zum Staats- und Justizminister ernannt.
135.	**Dr. Georg Gustav Lueder** (Justizrath in Celle).	Calenberg-Grub. pr. 1. Dec. 1848.	Im August 1852 zum Oberstaatsanwalt ernannt.
136.	**Ferdinand Arnold Busch** (Justizrath in Hannover).	Calenberg-Grub. pr. 15. März 1851.	Im August 1852 zum Obergerichtsdirector in Goslar ernannt.
137.	**Engelbert Johann von Marschalck** (Justizrath in Stade).	Verd. pr. 21. Mai 1851.	Im August 1852 zum Obergerichtsdirector in Nienburg ernannt.

	Namen und frühere Stellung.	Präsent. u. Zeit der Einführung	Abgang.
138.	**Gebhard Matthias Bodo Georg von der Wense** (Canzlei-Assessor in Hildesheim).	Lüneburg. praesent. 2. Juni 1851.	
139.	**Carl Ernst Leopold von Klencke** (Justizrath in Göttingen).	Calenberg-Grub. pr. 14. Mai 1852.	
140.	**August Carl Ernst von Werlhof** (Justizrath in Celle).	Lüneb. pr. 4. Sept. 1852.	
141.	**Dr. Carl Christian Meyer** (Obergerichtsrath in Hannover).	Calenberg-Grub. pr. 6. Januar 1853.	
142.	**Dr. Friedrich Wachsmuth** (Rath, Consistorialsecretair u. Advocat in Hannover).	Calenberg-Grub. pr. 6. Januar 1853.	
143.	**Carl Ferdinand Schmidt** (Obergerichtsrath in Göttingen).	Calenberg-Grub. pr. 24. Dec. 1852.	
144.	**Heinrich Wilhelm Behncke** (Obergerichts-Vicedirector in Nienburg).	Für Osn. vom OAG. praes. 14. Mai 1853.	
145.	**Wilhelm Theodor Phil. Adolph Flöckher** (Obergerichts-Vicedirector in Verden).	Verdensch. praesent. Mai 1853.	
146.	**Carl von Rantzau** (Obergerichts-Assessor in Osnabrück).	Hildesh. praesent.	

(Eine Zeitschrift für administrative Praxis.) Zu Nördlingen im Beck'schen Verlag erscheinen seit 1851:

Blätter für administrative Praxis zunächst in Bayern. Mit Einschluß der gesammten Polizei- und Finanzverwaltung. Herausgegeben von Karl Brater.*)

Augenscheinlich dem trefflichen Vorbilde der Blätter für Rechtsanwendung in Bayern sich anschließend, cultiviren sie das reiche Gebiet der Administration, allerdings zunächst mit Rücksicht auf bayersche Verhältnisse, in einer Weise, wie sie die allseitigste Anerkennung und namentlich gewiß auch bei uns Nachahmung verdient. Vergleichen wir nur die in den beiden ersten Bänden behandelten Materien, so werden wir finden, daß eine öffentliche, wissenschaftliche Besprechung derselben nach unsern Verhältnissen gewiß ebenso angebracht sein würde. Wir heben nur die Aufsätze jener Blätter über Staatsbürgerrecht, Competenzverhältnisse der Staatsbehörden, Agricultur, Ansässigmachung und Verehelichung, Armenwesen, kirchliche Baulasten, Conscription, Einquartierung, Feuerversicherung, Gesindewesen, Gewerbswesen, Heimathsrecht, Sonntagsfeier, Finanzen, Steuerbeschreibung, Gemeindewesen, hervor — um zu überzeugen, wie es auch bei uns an gleichen Stoffen zu vielseitigen Erörterungen nicht fehlen würde. Nachdem die von der Justiz in allen Instanzen unabhängige Administration jetzt selbständiger als früher ihr Ziel zu verfolgen bestimmt ist, und nachdem die Anforderungen an die practische und theoretische Befähigung ihrer Beamten mit Recht in eben dem Maße gesteigert sind, als die Regierungskunst durch das Resultat praktischer Erfahrungen und theoretischer Studien bereichert ist, — wird auch bei uns sich immer mehr das Bedürfniß herausstellen, ein Organ zu begründen, in welchem die Besprechung und wissenschaftliche Beleuchtung unserer administrativen Interessen, die Mittheilung der practischen Erfahrungen, die Verbreitung der hie und da ausgesprochenen Grundsätze der höhern und höchsten Verwaltungsbehörden auf den verschiedenen Gebieten der Administration, die Hinweisung auf gediegene Schriften des In- und Auslandes über die betreffenden Materien Raum findet. Möge diese Notiz die geeigneten Persönlichkeiten anregen, zur Begründung eines solchen Unternehmens die gewiß mit dem besten Erfolge begleiteten Schritte zu thun.

*) Vergl. die Anzeige derselben in Haimerl Magazin, Bd. V. S. 157.

(Allgemeine juriſtiſche Bücherſchau vom Jahre 1853.)

Außer der zunächſt im Zwecke dieſer Blätter liegenden möglichſt vollſtändigen Ueberſicht der die vaterländiſchen Rechtsverhältniſſe behandelnden Literatur, wird auch die Mittheilung der werthvollern neuen Erſcheinungen auf dem geſammten Gebiete der Jurisprudenz unſern Leſern nicht unwillkommen ſein. Soweit der Raum dieſer Blätter es verſtattet, laſſen wir ſie hier vom Jahre 1853 an folgen. — Von neuen Zeitſchriften ſind uns zur Kunde gekommen:

1. Archiv für Preußiſches Strafrecht. Herausgegeben vom Ober-Tribunal-Rathe Goltdammer in Berlin. Bd. I. in Heften. (Berlin. 1853. Decker.)

2. Archiv für practiſche Rechtswiſſenſchaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilproceſſes und des Criminalrechts, mit namentlicher Rückſicht auf Gerichtsausſprüche und Geſetzgebung. Herausgegeben von den Hofgerichtsräthen Schäffer, Dr. Seitz und Aſſeſſor Dr. Hoffmann. Bd. I. in Heften. (Regensburg. 1853. Manz.)

Briefe über Staatskunſt. (Berlin. 1853. Beſſer'ſche Buchhandlung. 460 S.)

Der nicht genannte Verfaſſer (v. Strauß in Bückeburg) hält es für die gegenwärtige Aufgabe des Staatsmannes, auf die Herſtellung des chriſtlich-germaniſchen Staats durch Organiſation der Volksgeſellſchaft in conſervativem Sinne hinzuwirken; und äußert ſich über die Conſtruction der einzelnen Stände und Corporationen in dieſem Sinne. — Augenblicklich, Mai 1853, Gegenſtand eines Berliner Preßproceſſes.

Dr. Carl Adolf Schmidt, Ober-Appellationsrath in Roſtock, der principielle Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und germaniſchen Rechte. Bd. I. Die Verſchiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts. (Roſtock. 1853. Stiller. 340 S.)

Gründliche Erwägung der principiellen Unterſchiede, im Detail nachgewieſen, wobei dem germaniſchen Rechte weit mehr conſervative Richtung vindicirt wird, als dies mit den Vorwürfen, die die liberale Partei dem römiſchen Rechte zu machen pflegt, vereinbar iſt.

Die Condictiones sine causa. Von Dr. Albrecht Errleben, ord. Profeſſor der Rechte an der Univerſität Zürich. Zweite Abtheilung: Die Condictio causa data causa non secuta. (Göttingen, 1853. Dieterich'ſche Buchhandlung.

Auch unter dem Titel:

Die Rückforderung erfolgloſer Leiſtungen oder die Obligatio ob rem dati re non secuta. Eine civiliſtiſche Abhandlung. — (520 S.)

Die Bedeutung dieſer umfangreichen Unterſuchung unſeres gelehrten Landsmanns für die richtige Erkenntniß des Röm. R. feſtzuſtellen, muß kundigerer Hand überlaſſen bleiben. Hier ſoll nur darauf aufmerkſam gemacht werden, daß dies Werk von dem practiſchen Intereſſe des Inſtituts der fraglichen Condictio auch nach dem modificirten Grundſatze des neuern Rechts in Bezug auf die allgemeine Klagbarkeit der Verträge überzeugt, wenn es auch die Anwendbarkeit nur als beſchränkte in den Worten (S. 474) anerkennt: „Nur wo das erfüllte Verſprechen ſelbſt „in gewiſſem Betracht ſo anzuſehen iſt, als ſei es bloß unter der Vor-

„ausſetzung des wirklichen Eintritts der dagegen verſprochenen Leiſtung „ertheilt worden, ſo kann das darauf Gegebene — bei dem Nichteintritt „derſelben auch heute noch mittelſt einer condictio ob causam datorum „zurückgefordert werden ꝛc." — Für dieſen Fall gelten alſo auch die Reſultate, die der Verfaſſer über das Inſtitut gewonnen hat. Die Vollendung der noch rückſtändigen Theile ſeines Werks über die condictiones sine causa ſtellt derſelbe, ſobald es die von ihm begonnene Herausgabe eines Lehrbuchs des Röm. R. erlauben werde, in Ausſicht.

Das Interdictenverfahren der Römer. In geſchichtlicher Entwicklung. Von Dr. K. A. Schmidt, Hofrath und Profeſſor in Freiburg im Br. (Leipzig. 1853. Breitkopf und Härtel. 350 S.)

Dieſe werthvolle rechtshiſtoriſche Unterſuchung ſchließt mit dem Reſultate, daß das Interdictenverfahren im juſtinianiſchen Rechte vor den ſonſtigen judiciis extraordinariis namentlich rückſichtlich der Beſchleunigung keine Bevorzugung genoſſen habe.

Das deutſche Erbrecht, nach den Rechtsquellen des Mittelalters, in ſeinem innern Zuſammenhange dargeſtellt von Hr. Siegel. (Heidelberg. 1853. Bangel und Schmidt.) (209 S.)

Eine lobende Anerkennung findet dieſes Werk als gewiſſenhafte Specialforſchung in der deutſchen Rechtsgeſchichte im Literariſchen Centralblatte von 1853 Nr. 15.

Das zürcheriſche Schuldbeitreibungsgeſetz vom 1. April 1851. Mit Erläuterungen unter vorzüglicher Berückſichtigung der gerichtlichen Praxis herausgegeben von J. H. Gwalter z. d. 3. Mitglied des Obergerichts. (Zürich. 1853. Fried. Schultheß.) (241 S.)

Eine ausführliche Executionsordnung, ſeit 1832 die dritte neue im Canton Zürich; zu legislatoriſchen Vergleichen, auch zur Berückſichtigung bei der practiſchen Anwendung der geſetzlichen Schuldbeitreibungs-Vorſchriften anderer Staaten, beſonders mit Rückſicht auf die vom Herausgeber hinzugefügten Erläuterungen wohl geeignet.

Die zürcheriſchen Geſetze, betr. die Organiſation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte). Mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. J. Rüttimann, Regierungsrath. (Zürich. 1853. Friedrich Schultheß.)

Auch dieſe ſeit Anfang 1853 ins Leben getretenen Geſetze geben Stoff zu intereſſanten Vergleichungen. Sie ſtimmen im Syſteme meiſtens mit unſerm Strafproceſſe überein, erfordern jedoch das Schuldig von 8 Geſchwornen unter 12 zur Verurtheilung, und überlaſſen nach engliſch-amerikaniſchem Muſter im Hauptverfahren den Parteien ſelbſt die Vernehmung der Zeugen. Der Herausgeber bewährt auch hier durch ſeine Erläuterungen, namentlich die dem Werke beigefügte Vergleichung des engliſch-amerikaniſchen Strafproceſſes mit dem Franzöſiſchen und deſſen Nachahmungen, ſeine genaue Kenntniß des ſchwurgerichtlichen Verfahrens des In- und Auslandes.

Ueber die Unabhängigkeit der Juſtizbehörden und die Stellung der Staatsanwaltſchaft. Eine Mahnung an die deutſchen Landſtände. Von Dr. jur. C. F. Müller. (Weimar. 1853. Janſen.) (55 S.)

Druckfehler im vorſtehenden Hefte.

Seite 37 fehlt über der Ueberſchrift die Nr. 1.
„ 37 Z. 5 v. u. fehlt zwiſchen se und cessat die Interpunction.
„ 38 Z. 3 v. o. lies lenocinii ſtatt lonocinii.
„ 41 Z. 23 v. o. „ vorliegt ſtatt vorliege.
„ 64 Z. 26 v. o. „ wurde ſtatt werde.
„ 96 Z. 6 v. u. „ ſollen ſtatt ſoll.
„ 97 Note *) Z. 2 lies ſeien ſtatt ſei.
„ 106 Z. 6 v. o. lies Vorlegung ſtatt Verlegung.
„ 115 Z. 1 v. u. „ den ſtatt der.

Magazin

für

hannoverſches Recht.

Dritten Bandes zweites Heft.

I.

Die Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbniß-Sachen.*)

Vom Hrn. Ober-Appellationsrath v. Werlhof zu Celle.

Die Königl. Regierung hat den allgemeinen Ständen des Königreichs mittelst Schreibens vom 25. April 1853 den Entwurf eines Gesetzes vorgelegt, vermöge dessen die Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbnißsachen den Consistorialbehörden

*) Der vorstehende Aufsatz scheint uns zwar nicht hinreichende Rücksicht auf die gegebenen Zustände zu nehmen, wenn darin die Nothwendigkeit für die Königliche Regierung bestritten werden will, mit einer Gesetzesvorlage auf Abänderung der bisherigen Ehegerichtsbarkeit schon jetzt vor die Stände zu treten; der im §. 9 des Verf.-Gesetzes vom 5. Sept. 1848 niedergelegte Grundsatz der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung und die daran sich knüpfende Vorschrift des §. 10 des Gerichtsorganisationsedicts vom 8. Nov 1850 dürften vielmehr es als zweifellos hinstellen, daß den Consistorien dieser Theil ihrer bisherigen Functionen nicht verbleiben kann, während der Umstand, daß im Wege der Organisation auf Grund obigen Gesetzes aus den Consistorien bereits ohnlängst die richterlichen Elemente entfernt sind, keinen Aufschub darin gestattet, diesen Behörden die Ehegerichtsbarkeit abzunehmen und dieselbe gerichtlichen Behörden wiederum zuzuweisen. — Dennoch haben wir dem Aufsatze nur gern einen Platz in dieser Zeitschrift einräumen können, da die darin enthaltenen Notizen und Ausführungen wohl geeignet erscheinen, bei späterer ständischer Verhandlung über den Entwurf, mindestens hinsichtlich einzelner Bestimmungen desselben, den dabei in Betracht kommenden kirchlichen Gesichtspunkten eine günstigere und gleichmäßigere Berücksichtigung zuzuwenden, als dies, insonderheit mit Hinblick auf die Motive zum Entwurfe, auch nach unserer Auffassung, Seitens der K. Regierung geschehn zu sein scheint. Red.

abgenommen, auf die weltlichen Gerichte übertragen, und gleichzeitig das Verfahren der bürgerlichen Proceßordnung entsprechend geregelt werden soll. Der von den Ständen niedergesetzte Ausschuß hat am 18. Juni verschiedene Anträge zu diesem Entwurfe eingereicht, zu einer Berathung in der Ständeversammlung selbst ist es jedoch wegen der am 30. Juni erfolgten Vertagung resp. Auflösung noch nicht gekommen.

Die Geistlichkeit beider Confessionen beklagt dieses Vorschreiten der K. Regierung tief. Die lutherische Geistlichkeit hat sich in den Verhandlungen der Hannoverschen Conferenz am 18. und 19. Juni 1851 (vgl. Zeitblatt für d. luther. Kirche 1851, Nr. 29) darüber ausgesprochen; die energischen Schritte der katholischen Geistlichen in der Osnabrückschen Diöcese sind aus Zeitungsnachrichten bekannt. Eine Erörterung der Grundsätze eines mit so entschiedener Ungunst begrüßten Gesetzentwurfs wird daher um so weniger unangemessen sein, als unverkennbar Mißgriffe und Ausschreitungen auf keinem Gebiete verderblicher zu wirken geeignet sind, als auf dem des Eherechts.

Wir werden die Gerichtsbarkeit in Ehesachen der Protestanten, der Katholiken und bei gemischten Ehen getrennt besprechen, und zunächst auf historischem Wege darzulegen suchen, wie und aus welchem Grunde die jetzige Gerichtsbarkeit der protestantischen Consistorialbehörden entstanden ist.

I. Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbnißsachen der Protestanten.

Mit der Reformation nahm die bis dahin von den Bischöfen ausgeübte Gerichtsbarkeit ein Ende, und wie die Reformation nicht von vorn herein ein in sich abgeschlossenes Ganzes war, sondern sich allmälig, unter fortgesetzten Versuchen einer Verständigung mit der katholischen Hierarchie, weiter entwickelte, so zeigt sich auch in Ansehung der Jurisdictionsverhältnisse ein Uebergang durch einige Schwankungen zu einem festen Principe. Luther selbst entschied im Jahre 1524 in Gegenwart des Pfarrers und des weltlichen Richters provisorisch in einer Ehesache, bat jedoch den Kurfürsten um Commission zu endlicher Entscheidung.

Luthers Schr. Ausg. v. de Wette, II, 493.

Einzelne Pfarrer legten sich noch weiter gehende Machtbefugnisse bei;

Schlegel, Kirchen- und Reformat.-Gesch. v. Niedersachs. II, S. 360 u. a. a. O.

Weber, systemat. Darstell. des im Königr. Sachsen geltenden Kirchenr. Th. I. Abth. 2. S. 434 folg.

in anderen Fällen entschieden weltliche Gerichte oder Juristenfacultäten. Beim Mangel feststehender Bestimmungen entstanden hieraus vielfältige Unordnungen und Aergernisse, denen sofort nicht abzuhelfen war, da die Reformatoren geneigt waren, die Bischöfe, „sofern sie die rechte Lehre und die nöthigen Stücke annehmen und der Kirche dienen wollten," in ihren Dignitäten, der **Ordinatio** und **Visitatio** und **Jurisdictio** in Ehesachen zu belassen.

vgl. Richter, die Grundlage der luth. Kirchenverf. in Reyscher und Wilda Zeitschr. für deutsches Recht. B. IV. S. 28.

Daneben aber ward an dem Satze festgehalten, daß eine Beibehaltung der bisherigen bischöflichen Gewalt durchaus nicht nothwendig sei. Namentlich ist in dieser Hinsicht bemerkenswerth, was der Anhang zu den Schmalkaldischen Artikeln (Emminghaus, Corp. jur. Germ. S. 212) ausspricht. Nach Erörterung verschiedener bischöflicher Attribute, als Ordination, Bann u. a. wird die bischöfliche Jurisdiction, und der mit ihrer Ausübung getriebene Muthwille besprochen, sodann aber heißt es:

„Darnach ist eine **jurisdictio** in den Sachen, welche nach päbstlichem Recht in das **forum ecclesiasticum** oder Kirchengericht gehören, wie sonderlich die Ehesachen sind; solche **jurisdictio** haben die Bischöfe auch nur aus menschlicher Ordnung an sich gebracht, die dennoch nicht sehr alt ist, wie man **ex codice** und **novellis Justiniani** siehet, daß die Ehesachen dazumal gar von weltlicher Obrigkeit gehandelt sind. Und ist weltliche Obrigkeit schuldig, die Ehesachen zu richten, besonders wo die Bischöfe unrecht richten oder nachlässig sind, wie auch die **canones** zeugen. Darum ist man auch solcher **jurisdictio** halber den Bischöfen keinen Gehorsam schuldig, und weil sie etliche unbillige Satzungen von Ehesachen gemacht, und in Gerichten, die sie besitzen, brauchen, ist weltliche Obrigkeit auch dieser

Urſache halber ſchuldig, ſolche Gerichte anders zu beſtellen. — — — und iſt an dem genug, daß man weiß, daß in Eheſachen viel unrechte und unbillige Dinge vom Pabſt ſind geboten worden, daraus weltliche Obrigkeit Urſache genug hat, ſolche Gerichte für ſich ſelbſt anders zu beſtellen. — — — darum können ſie (die Biſchöfe) ſolches Almoſen mit gutem Gewiſſen nicht brauchen, und berauben damit die Kirche, welche ſolche Güter bedarf zur Unterhaltung der Kirchendiener, — — und ſonderlich zu Beſtellung der Ehegerichte. Denn da tragen ſich ſo mancherlei und ſeltſame Fälle zu, daß es wohl eines eigenen Gerichts bedürfte. Solches aber kann ohne Hülfe derſelben Güter nicht beſtellt werden."

Hier ſpricht ſich entſchieden das Beſtreben aus, der weltlichen Obrigkeit den Antheil an den Eheſachen zurückzugeben, den die katholiſche ihr entzogen hatte. Dieſer iſt aber nach der Vorſtellung der älteren Zeit, in welcher die Idee der Conſiſtorien noch nicht gereift war, die Gerichtsbarkeit, während auf der anderen Seite, ſoweit Gewiſſensfälle in Frage ſtehen, immer der Beruf der Kirche anerkannt wird; ſo namentlich in den Hamburger, Bremer und Hannoverſchen Kirchenordnungen von 1529, 1534 und 1535, welche eine Befragung des Superattendenten oder der anderen Praedicanten für ſchwere oder Conſcientien betreffende Eheſachen vorſchreiben. (Richter a. a. O. S. 23. Schlegel a. a. O. II. S. 77.) Fordert der Anhang der Schmalkald'ſchen Artikel eine beſondere Behörde für die Eheſachen, ſo zeigt namentlich der Schluß, daß hier von einem Gericht der Kirche die Rede iſt. Unter Verwerfung des Anſpruchs der Biſchöfe auf ausſchließliche Entſcheidung der Eheſachen, wird dem Staate, deſſen Wurzel die Ehe iſt, ein weſentlicher Antheil an ihr zuerkannt, ohne daß jedoch auf das Recht der Kirche Verzicht geleiſtet würde. Damit ſtimmt die ſogenannte Reformationsformel von 1545 (Corp. Ref. V. 605) überein:

„Darüber ſind nu die Eheſachen in dieſes Kirchengericht gezogen, welches nicht übel bedacht iſt, denn es fallen Fragen für, da der Richter dem Gewiſſen rathen muß, welches die weltlichen Gericht nicht achten."

Im Jahre 1527 that der Kurfürſt von Sachſen den erſten

Schritt zu einer Art von Regelung, indem er seinen zur Kirchen-Visitation abgeordneten Commissarien eine Instruction auch hinsichtlich der Behandlung der Ehesachen ertheilte. (Richter a. a. O. S. 55.) In derselben wird den Pfarrern das Scheiden der Ehen untersagt, vielmehr sollen dieselben dergleichen wichtige Händel dem Superintendenten anzeigen, und sein, auch anderer Gelehrten, so er dazu ziehen wird, Bedenken hören. Aber in Ehesachen, mit denen es dermaßen belegen ist, daß Aergerniß und dergleichen Beschwerungen daraufstehen, und darin Kundschaft zu hören vonnöthen, soll die Anzeige an den Amtmann oder Schösser erfolgen, der soll alsdann den Superintendenten und den betreffenden Pfarrer sammt andern Gelehrten, die man dazu nützlich und tauglich achten wird, desgleichen die Parteien auf einen Tag bescheiden; darnach sollen sich die obberührte Verhörer mit einander unterreden, was in der Sachen zu thun und fürzunehmen sein soll, und wenn sie sich einer Weisung, die nach Gestalt der Sachen ihres Erachtens christlich und billig, vereiniget, alsdann soll der Amtmann oder Schösser den Parteien die Meinung in der andern Gegenwart vorhalten und eröffnen. Hätte es aber mit der Sache die Gestalt, daß sie für nützlich oder nothdürftig achteten, dieselbigen sammt ihren Bedenken zuvor und eher, denn den Parteien die Weisung angezeigt würde, an Uns gelangt sollte werden, so wollen Wir ihnen unser Gemüth darin auch anzuzeigen wissen." — Hier erscheinen also die Superintendenten insofern als Vertreter der Officiale der katholischen Bischöfe, als mit ihrem Amte ein Theil der Gerichtsbarkeit in Ehesachen verbunden ist.

War somit zwar für die Ehesachen gesorgt, so fehlte es doch an einer Behörde für die übrigen kirchlichen Angelegenheiten. Deshalb trugen 1537 die Landstände in Torgau auf die Errichtung von besonderen Consistorien an, an welche alle kirchliche und das Amt und den Wandel, die Rechte und Pflichten der Geistlichen betreffende Sachen, darneben auch sonderlich die Ehesachen, um sich eigends und lediglich damit zu beschäftigen, verwiesen werden sollten." — Kurfürst Johann Friedrich ließ sich hierauf 1538 von den Wittenberger Theologen über die Einrichtung solcher Consistorien ein Gutachten ertheilen,

welches zuerſt von Richter a. a. O. S. 62 aus dem Archiv zu Weimar vollſtändig mitgetheilt iſt. Es wird nicht undienlich ſein, hieraus folgende Sätze hervorzuheben:

„So nun ettliche missbreuch disser Zeitt abgestellet unnd durch die Christliche leere nidergeleget, darnebenn Auch Vbung ettlicher disser Empter gefallen, An stadt aber derselbigenn noch Keyne Ander bestellung gemacht, Ist zu besorgenn, das des leichtlichen ergernis forfallen, Viel untugennd und mutwille von ungezogenn groben Lewten, mit vorachttung, lesterung der Religion, mit ehebruch, unzucht etc. wirdet furgenhomen, so sie der vorigenn getzwengnis unnd straff ledig, itsund nymer der gedrawten unnd In rechtenn Auffgelegtenn straffe, viel weniger der Excution, schew oder befarung tragen, sonderlich so Kein new gewisse bestellung oder Consistoria gemacht, Do die ehehendel, matrimonial, andern Sachen In gedechtniss und Registration behalden wordenn — — — — — —

Der halben In Kirchensachen, ehehendelen, unnd andernn disse gewisse Consistoria aufzurichten, erfordertt aus hir nachvolgenden ursachenn die notturfft, — — — —

Item wan die superattendenten solten mit den ehesachenn unnd obangezaigten hendeln beladen sein, So musten sie Ir Kirchen Ampt vorseumen und hetten doch Kein Excution, hetten Auch Kein gewaldt zw Citiren, Kein zugenge, besoldung oder Rente, Notarien, schreibern zw lonen etc.

Der Halben were gantz hoch von noten, solche gewisse Consistoria auffzurichten, do die Judices befelh unnd gewalt hetten rechtlich zw Citiren durch urteil, Straf, und buss aufzulegen, und entlich excution zuthuen etc.

Zum Funfften, Solten die Ehesachen für die Consistorien gehorenn, als nemlich diese Artickell,

1) Wilches ein recht buendig ehegelubd sej, oder nicht,

2) Wilche genugsame ursach sind, die ehe zw scheiden, divortia zu machen ader nitt etc.“

Es ergiebt ſich hieraus u. a. daß die Reformatoren die Regenten von der Theilnahme an der Ordnung des kirchlichen Lebens auszuſchließen weit entfernt waren, eben ſo beſtimmt aber die Jurisdiction in Eheſachen der Kirche vindicirten. In

Uebereinstimmung hiermit sagt Melanchton in einem Bedenken von 1540 (Corp. Ref. III, 943):

„Doch muß man sich in den Stücken von der Ordination, Jurisdiction, Excommunication, und Visitation alsdann mit stattlichem Rath vergleichen, wie fern sich solche Gewalt erstrecken sollte, daß auch etliche verständige Personen von der weltlichen Obrigkeit dazu beordert würden,"

und in einem Schreiben von 1544 (ib. v. 469):

„De senatu ecclesiae omnino nullum alium senatum constitui, quam consistorium, cui in causis difficilioribus princeps ex aula et academia viros optimos et eruditissimos adjungere potest."

Endlich aber sagt ein Gutachten der Wittenbergschen Theologen von 1545: „Postea vero huic foro etiam controversiae de matrimoniis commendatae sunt — bono consilio —. Saepe enim incidunt controversiae, in quibus conscientia partim consuli debet, cujus res in profano non ita habetur ratio. — Nec fieri potest, ut singuli pastores in ecclesiis tantum eruditionis et judicii habeant, ut has controversias recte dijudicare possint. — Ideo necesse est, in dioecesibus consistoria constituere, quae cognoscant controversias matrimoniales christianis sententiis, juxta Verbum Dei, evangelium et illas honestas leges, quae in ecclesia Christi, a piis et prudentibus Christianis inde usque ab Apostolis tanquam honestae et Deo placentes judicatae sunt, ne ethnicae et Turcicae confusiones libidinum excolantur."

Hier wird geltend gemacht, daß den einzelnen Predigern, die kraft ihres Amts, also an sich dazu befugt sein würden, die Ehesachen nicht wohl überlassen bleiben können, sondern eine eigene Behörde nothwendig (nicht bloß rathsam, wie Eichhorn Kirchenr. I, 732 sagt) sei. —

Nach diesen Grundsätzen ward zuerst 1542 zu Wittenberg ein Consistorium errichtet, dem dann die zu Leipzig und Meissen folgten. Allgemein sah man die Errichtung solcher Consistorien nach dem Gutachten der Reformatoren und Theologen als nothwendig zur Führung der kirchlichen Administration und Ausübung der geistlichen Gerichtsbarkeit an. Auch die in unserm Lande erlassenen Kirchenordnungen sehen die Installation

der Consistorien nicht lediglich als etwas Zweckmäßiges, sondern als Wesentliches, auch die Ehegerichtsbarkeit als Attribut der Kirche an. Die Kirchenordnung der Lüneburgischen Herzöge Heinrich und Wilhelm, gedruckt zu Wittenberg 1564, stützt sich auf göttlichen Befehl und fürstliches Amt, die wahre reine Lehre zu erhalten, und besagt namentlich:

„Dieweil auch zu erhaltung reiner christlicher Lere, und des Ministerii Ecclesiastici, fürnemlich zwei stücke, Nemlich Kirchengericht oder ein Consistorium, und Visitationes von nöten sein. So ist ein Consistorium zu Zell an unserm Hoff verordnet, und dasselbige mit unsern Gelerten, und andern Hoff Rehten, auch etzlichen Predicanten besetzet. Vor solch Consistorium oder Gericht sollen gehören nachfolgende Sachen, Nemlich: So streit in der Lere fürfiele, Item: Ehesachen."

Die Lüneburgschen Kirchenordnungen von 1598 und 1643 stimmen hiermit wörtlich überein. — Die Kirchenordnung von Herzog Julius, bestätigt 1601 durch den Gandersheimschen Landtags-Abschied, und 1613 revidirt, findet neben den über das Consistorium erlassenen Bestimmungen um deswillen angemessen, eine Eheordnung hinzuzufügen: „damit der heilig von Gott dem Herrn selbs eingesetzter Ehestandt, soviel möglich, und an uns ist, Christlicher, auch wie sich gebüret, angefangen, und erhalten, Auch darzu allerley Ungöttlichem und Unerbarn Wesen gewehrt werde."

Neben und mit diesem Consistorio bestand ein s. g. General-Consistorium, in welches zu gewissen Zeiten die General-Superintendenten eintraten. Hier wurden noch bis zum Jahre 1652 einzelne besonders wichtige oder schwierige Ehestreitigkeiten entschieden. (Schlegel a. a. O. S. 335.) — Als Herzog Georg die Regierung des Calenbergischen überkommen, sagte er laut Landtagsabschiedes vom 20. Febr. 1636 die Errichtung eines Consistorii zu, dessen jurisdictio ecclesiastica ein Landtagsabschied von 1639 ausdrücklich anerkennt. — In Hoya (1581) und Osnabrück (1643) wurden Consistorien mit Gerichtsbarkeit in Ehesachen ebenfalls von den Landesherren errichtet, (Schlegel a. a. O. S. 412, 549) wogegen die hildesheimischen Landstände die Abtretung der bischöflichen Juris-

diction über die Evangelischen, und Errichtung eines Consistorii erst 1651 erlangten. (Schlegel a. a. O. S. 540. 542.)

Wir wenden uns nun zu einer kurzen Bezeichnung der jetzt bestehenden Verhältnisse in Ehesachen. Die Consistorien zu Hannover, Stade, Otterndorf, und die beiden lutherischen Consistorien zu Osnabrück üben die Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbnißsachen, die Appellationen gehen an das Ober-Appellationsgericht, jedoch mit der Ausnahme, daß wider die Erkenntnisse des Consistoriums zu Otterndorf ein remedium supplicationis an den Landesherrn geht, welcher dann zur Erledigung desselben eine Commission auf ein Justizcollegium erkennt. (v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. II, S. 47.) In den Landestheilen des Preußischen Rechts erkennen dagegen die weltlichen Gerichte in Ehe- und Verlöbnißsachen. Die Reformirten in der Grafschaft Bentheim stehen in Ehesachen unter dem dortigen Oberkirchenrathe, von welchem die Berufung an das Ober-Appellationsgericht geht, in den übrigen älteren Landestheilen unter den Consistorien, wiewohl dieses hinsichtlich der vier, eine eigene Synode bildenden, Gemeinden zu Hannover, Celle, Göttingen und Münden nicht ganz außer Zweifel ist. (vgl. Lippert's Annalen Heft 2 S. 42 folg. Heft 3 S. 36. Müller, Lex. d. Kirchenr. I, S. 744.)

Der im §. 9 des Gesetzes vom 5. Sept. 1848 ausgesprochene Grundsatz der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung, und die durch das Gesetz vom 12. Julius 1848 verfügte Abnahme der den Consistorialbehörden zustehenden streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit mit einstweiliger Ausnahme der Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbniß-Sachen, veranlaßte die Königliche Regierung in den am 5. Februar 1849 den Ständen mitgetheilten Entwurf eines Gesetzes über die Gerichtsverfassung eine Bestimmung (§. 10) aufzunehmen, nach welcher diese, den Consistorial-Behörden einstweilen noch verbliebene Gerichtsbarkeit den weltlichen Gerichten übertragen werden sollte. Während die zweite Cammer der Ansicht huldigte, daß, wie alle übrige, so auch diese Gerichtsbarkeit vom Staate ausgehe, und vom Staate zu verwalten sei, fand die erste Cammer die Fassung des Entwurfs der künftigen Gesetzgebung vorgreifend, und es in hohem Grade bedenk-

lich, über eine so wichtige Principienfrage, wie die in Rede befindliche, an diesem Orte gewissermaßen nur beiläufig Entscheidung zu treffen. Als auch in Folge einer verstärkten Conferenz diese Meinungsverschiedenheit nicht gehoben werden konnte, proponirte die Königliche Regierung mittelst Schreibens vom 9. Julius 1850 eine neue Fassung, und da diese von der Ständeversammlung gebilligt ward, so lautet jene gesetzliche Bestimmung nunmehr folgendermaßen: „Die den Consistorial-Behörden durch das Gesetz vom 12. Julius 1848 einstweilen noch verbliebene Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbnißsachen soll denselben abgenommen, und durch ein besonderes Gesetz geordnet werden."

Hierdurch ist nun der Eingangs erwähnte Gesetzentwurf hervorgerufen, welcher im §. 1 die Ehegerichtsbarkeit den weltlichen Gerichten überweiset, und als solche, sofern beide Theile Angehörige der evangelischen Kirche sind, (jedoch mit der üblichen Ausnahme der Landestheile in denen das Preußische Recht gilt,) für die erste Instanz (§. 2 und 3) die großen Senate der Obergerichte in der Weise bestimmt, daß anstatt des jüngsten weltlichen Richters ein evangelischer Geistlicher als außerordentliches Mitglied in den betreffenden Senat eintreten soll. Das Verfahren soll sich, wiewohl unter verschiedenen sachgemäßen Modificationen, nach der allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung richten, es sollen jedoch nach §. 10, wenn beide Theile Angehörige der evangelischen Kirche sind, Richter welche dieser Kirche nicht angehören, als behindert, alles Antheils an der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits sich enthalten.

Die ständische Commission hat den Regierungsvorschlägen im Wesentlichen zugestimmt, denn daß sie den Ausdruck weltliche Gerichte vermeidet, und statt dessen Ehegerichte setzt, ist eine in der Sache selbst gleichgültige Wortänderung. Sie beantragt übrigens, daß auch beim Ober-Appellationsgerichte in den betreffenden Senat ein evangelischer Geistlicher eintreten solle.

Nachdem wir hiermit das Thatsächliche, soweit erforderlich, vorgelegt haben, wenden wir uns zur Besprechung des Entwurfs selbst, und folgen dabei zunächst dem Gedankengange der demselben beigefügten Begründung. — Der jetzige Zustand der Rechtspflege in Ehe- und Verlöbnißsachen ist im Allgemei-

nen weder zweckwidrig noch unbefriedigend, eine Verheißung daß dieselbe schon in Kurzem neu geregelt werden solle, war nicht ertheilt; schreitet darnach die Gesetzgebung schon gegenwärtig dazu, so hat dies seinen Grund darin, daß die Königliche Regierung die der in Aussicht gestellten Aufhebung der Consistorial-Gerichtsbarkeit in Ehesachen unterliegenden Ansichten auch jetzt noch theilt und aufrecht erhält. Die Befugniß, die Ehegerichtsbarkeit im Wege der staatlichen Gesetzgebung zu regeln, wird nicht allein als Consequenz der Gesetze von 1848 und 1850 hingestellt, sondern auf den §. 9 des Landesverfassungs-Gesetzes: „Der König ist die Quelle aller Gerichtsbarkeit" gestützt. Allenfalls hätte auch der Satz: „der König vereinigt als Souverain die gesammte Staatsgewalt ungetheilt in Sich" (§. 5) angezogen werden können; beide Sätze stellen allgemeine staatsrechtliche Axiome auf, durch welche in bestehenden Verhältnissen, namentlich der Kirchenverfassung, nichts geändert wird, und werden sollte. Es handelt sich hier nicht sowohl um landesherrliche Rechte an sich, sondern um die Frage, inwieweit bei deren Ausübung lediglich die Vertreter des (grundsätzlich nicht christlichen) Staats, oder aber auch die der Kirche (§§. 65 und 66 des Landesverfassungs Gesetzes) mitzuwirken haben. Jene allgemeinen Verfassungssätze können sonach schwerlich hier die Quelle der Entscheidung bilden. An ein Verhältniß wollen wir hier noch erinnern, welches uns trotz der in dieser Zeitschrift Bd. II. S. 167 folg. dargelegten Ansicht zu beweisen scheint, wie §. 9 des L.-V.-G. nur von der weltlichen Gerichtsbarkeit zu verstehen ist. Es ist dies der Umstand, daß der Landesherr unmittelbar Ehescheidungen ausgesprochen, aber nicht in Fällen katholischer Parteien. Derartige Ehescheidungen würden aus dem Gesichtspunkte bürgerlicher Rechtssachen aufgefaßt, mit der Verfassungsbestimmung, daß die Gerichtsbarkeit auf verfassungsmäßige Weise von den ordentlichen Gerichten des Landes ausgeübt werde, und daß der König den geraden Lauf der Rechtspflege nicht hemmen könne, nicht in Einklang zu bringen stehen. Gleiche Bestimmungen enthält §. 9 des Staatsgrundgesetzes vom 26. September 1833. Dennoch sind landesherrliche Ehescheidungen noch nach 1833 erfolgt. (Vgl. Magaz. Bd. II. S. 189.) Eine befriedigende

Erklärung finden dieſelben nicht in einer landesherrlichen Dispenſationsbefugniß vom richterlichen Verfahren, dies wäre ja Cabinetsjuſtiz, wohl aber in der Eigenſchaft des evangeliſchen Landesherrn als Inhaber des Kirchenregiments, wiewohl auch in dieſer Hinſicht die kirchlichen Behörden Bedenken gegen Ausübung des landesherrlichen Rechts geltend gemacht haben.

Die „Begründung" ſagt ferner, es würde eine auffallende durchaus ungerechtfertigte Inconſequenz ſein, wenn bei Evangeliſchen die Gerichtsbarkeit in Eheſachen dem Könige als dem Inhaber der Kirchengewalt zuſtehen ſollte, während bei Katholiſchen als Grund der Zuſtändigkeit nur die Staatsgewalt angenommen werden könnte. Auf dieſen Einwurf antworten die §§. 64 und 66 des Land.=Verf.=Geſ. Während dem Könige, kraft der ihm zuſtehenden Staatsgewalt ſowohl über die evangeliſche als über die katholiſche Kirche das Oberaufſichts= und Schutzrecht zuſteht, übt er *nur* in der evangeliſchen Kirche die Kirchengewalt. Nur zufällig kann die Staatsgewalt auch eine Kirchengewalt ſein, d. h. der Regent kann nur vermöge poſitiver Rechtsgründe Oberhaupt dieſer oder jener Kirche ſein. (v. Droſte=Hülshof, Kirchenr. Bd. I. S. 152.) Rückſichtlich der evangeliſchen Kirche mag es geſtattet ſein, hier an Folgendes zu erinnern.

Die Idee der Reformatoren, welche auch in den ſymboliſchen Büchern überall hervorleuchtet, war unſtreitig, daß nach der chriſtlichen Lehre die Kirchengewalt der Kirche, und nicht einer beſonderen Perſon oder einem beſondern Stande zuſtehe. Es iſt Thatſache der Geſchichte, daß die Reformation ohne alles Zuthun der Regenten ihren Anfang nahm, und häufig wider ihren Willen, häufig mit ihrer Zulaſſung und Begünſtigung unternommen und fortgeſetzt wurde; Thatſache, daß die erſten Beſchützer der Reformation erſt nach langem Bitten der Geiſtlichkeit und der Stände — weil bei der Weigerung der katholiſchen Biſchöfe Theil zu nehmen, die Reformation, der innern Haltung und des Schutzes beraubt, nicht ſchien beſtehen zu können, die Kirchengewalt auszuüben anfingen. Es iſt klar, daß die evangeliſchen Fürſten, wenn ſie aufrichtige Anhänger der Lehren der Reformatoren waren, in keinem andern Sinne die Ausübung der Kirchengewalt übernehmen konnten, als daß

sie dieselbe für die evangelischen Kirchen und im Namen derselben ausüben wollten.

(Vgl. Art. Smalcald. de potest. Papae. „Vornehmlich aber sollen Könige und Fürsten als die vornehmsten Mitglieder der Kirche (praecipua membra ecclesiae) der Kirche Beistand leisten.“ — v. Droste Hülshof II, 1, S. 259 folg. Müller Lexic. III, 435 folg. Richter Kirchenr. §. 29.)

Anders stellt sich das Verhältniß des evangelischen Landesherrn den Katholiken gegenüber. Nachdem die katholische Kirche als solche in der deutschen Bundesacte anerkannt ist, ist damit zugleich der Grundsatz ausgesprochen, daß keinem Landesherrn als solchem die Kirchengewalt zustehe, der demgemäß auch in §. 68 des L.-V.-G. bestimmten Ausdruck gefunden.

Diese Andeutungen dürften genügen, zu zeigen, wie das Rechtsverhältniß des Landesherrn den beiden Confessionen gegenüber aus innern, wie aus geschichtlichen Gründen verschieden ist, und sein muß.

Nachdem die „Begründung“ solchergestalt glaubt nachgewiesen zu haben, daß nur der Staat und nicht die Kirche Quelle der hier zu regelnden Ehegerichtsbarkeit sei, findet sie den bestehenden Zustand dieser Ansicht entsprechend. Sie verkennt zwar nicht, daß die Consistorien Kirchenbehörden sind, und daß damit die staatliche Grundlage der Ehegerichtsbarkeit einigermaßen ungewiß werde, meint jedoch, daß die Zuständigkeit des Ober-Appellationsgerichts in oberster Instanz jeden Zweifel hebe. Die gänzliche Fehlsamkeit dieses Arguments zu zeigen, dürfte nicht schwer fallen. — Bis zu der im Jahre 1711 erfolgten Errichtung des Ober-Appellationsgerichts gingen Appellationen in Consistorial-Sachen an den Landesherrn, der alsdann entweder unmittelbar oder durch Commissarien entschied,*) wie solches noch gegenwärtig bei den Ehesachen aus dem Hadelnschen der Fall ist. Daß die oberstrichterliche Entscheidung des Landesherrn den Rechtsansichten der Reformatoren völlig entspricht, haben wir schon gezeigt. Die O.-A.-G.-O. vom 26. Juni 1713 Th. II. Tit. I. §. 3 gestattet, Ehesachen durch ordentliche Appellationes an das O.-A.-Gericht

*) Schlegel, Kirchen- u. Reformat. Gesch. II. 287.

zu bringen und anzunehmen; hierbei ist aber zu berichten, daß in dem Prooemio zur O.-A.-G.-O. ausdrücklich gesagt ist: „Wir geben auch Unserm Präsidenten, Vicepräsidenten und O.-A.-Räthen vollkommene Macht und Gewalt, an Unserer statt, und in Unserem Namen alle die Sachen — — anzunehmen, — folglich auch — zu sprechen, zu erkennen — —. Immaaßen dann, was Sie also handeln, sprechen und erkennen, zu exequiren und zu vollziehen gebieten, nicht anders als hätten Wir solches in eigener Person gethan und anbefohlen, geachtet und respectirt werden soll." — Hieraus ergiebt sich, daß das O.-A.-G. in diesen Consistorial-Sachen lediglich den Landesherrn selbst vertritt, seine Cognition daher den Charakter der zu entscheidenden Sachen auf keine Weise ändert. — Auf die eigenthümliche Stellung, vermöge deren das O.-A.-G. selbst alle einem Consistorium zustehenden gerichtlichen und Aufsichtsrechte in Ansehung seiner Mitglieder und Subalternen ausübte, (v. Bülow, Verfass. des O.-A.-G. II., 277. Hagemann, Ordn. d. O.-A.-G. S. 3 Note 3) wollen wir erhebliches Gewicht nicht legen.

Uebrigens kann man auch dem Satze, welcher die Grundlage der Argumentation der „Begründung" bilden würde: daß Appellationen nur an gleichartige Gerichte gebracht werden könnten, eben so wenig beipflichten, als der Folgerung: daß weil von Consistorien an weltliche Gerichte appellirt werde, erstere ebenfalls weltliche Gerichte seien. Selbst von den bischöflichen Officialat-Gerichten gingen die Appellationen in vielen Fällen an die Reichsgerichte, (Wahlcapitulation von 1792, Art. XIV. §. 5) und rücksichtlich der Patrimonial- oder Lehnsgerichte und dergl. wird man schwerlich gleichartige Gerichte für die höhere Instanz als Erforderniß bezeichnen wollen.

Die „Begründung" stellt sodann die Behauptung auf, daß mit ihrer Auffassung die evangelische Kirche nicht in Widerspruch stehe. Luther selbst sage: „die Ehe sei ein rein weltlich Ding," wiewohl diesem Ausspruche immerhin vielfach ein unrichtiger Sinn und eine zu hohe Bedeutung beigelegt sein möge. Diese letztere Bemerkung ist sehr richtig, aber gerade deshalb ist es auffallend, wie der Verfasser der Begründung darnach jene Stelle, wenn auch mit einer Reservation, zur Unterstützung

seiner Ansicht hat anziehen mögen. Allerdings treffen wir bei Luther zahlreiche Aeußerungen in dem bezeichneten Sinne, namentlich sagt er: „Es kann ja niemand leugnen, daß die Ehe ein äußerlich weltlich Ding ist, wie Kleider und Speise, Haus und Hof, weltlicher Obrigkeit unterworfen, wie das beweisen so viele kaiserliche Rechte, darüber gestellt. So finde ich auch kein Exempel im neuen Testamente, daß sich Christus und die Apostel solcher Sachen angenommen (Werke X, 892);— ferner im Eingange des Traubüchleins für die einfältigen Pfarrherrn (1534): „So manches Land, so manche Sitte, sagt das gemeine Sprichwort. Darnach weil die Hochzeit und Ehestand ein weltlich Geschäft ist, gebührt uns Christlichen oder Kirchendienern nichts darin zu ordnen oder regieren, sondern laßen einer jeglichen Stadt und Land hierin ihren Brauch und Gewohnheit wie sie gehen. Etliche führen die Braut zweimal zur Kirche, beide des Abends und des Morgens; etliche nur einmal; etliche verkündigens, und bieten sie auf der Canzel 2 oder 3 Wochen zuvor. Solches alles und dergleichen las ich Gerrne und Rath schaffen und machen wie sie wollen, es geht mich nichts an."— Wenige Zeilen weiter nennt jedoch Luther den Ehestand einen göttlichen Stand, ein göttlich Werk und Gebot. In der Rede vom ehelichen Leben (1522) hebt Luther hervor: „der Ehestand ist Gottes Werk und guter Wille," ja im Sermon vom ehelichen Stand (1519) bezeichnet er denselben sogar als „ein Sacrament, ein äußerliches heiliges Zeichen des allergrösten, heiligsten, würdigsten, edelsten Dings, das noch nie gewesen, oder werden mag, d. i. der Vereinigung göttlicher und menschlicher Natur. Ephes. V. 32." (Luth. W. her. von Walch, X, 706. 745.) An anderen Stellen nennt Luther die Ehe eine Ordnung Gottes, eine Pflanzschule nicht allein der Polizei, sondern der Kirche und des Reiches Christi bis an der Welt Ende. (Werke I, 442.) Die Zulässigkeit der Ehescheidung erklärt er im Falle des Ehebruches aus dem Willen Christi selbst. — Die aus dem Traubüchlein mitgetheilte Stelle erklärt sich durch sich selbst als nur äußere Seiten der Ehe, namentlich Feierlichkeiten vor und bei der Eingehung bezielend, auf deren kirchliche Verschiedenheit Luther wesentliches Gewicht nicht legt; aber widersprechend scheint es zu sein, wenn Luther die Ehe-

sachen von sich wirft, und den Juristen räth, daß sie es machen in aller Teufel Namen, wie sie wollen, (X, 971) und doch auf der andern Seite die Schrift als die Norm der Ehescheidung anerkennt, wenn er selbst vielfache Bedenken in Ehesachen ausstellt, ja solche sogar selbst entscheidet. — Alle jene Aeußerungen sind nur als Reaction gegen die römische Kirche aufzufassen. Gestützt auf die sacramentale Natur der Ehe, hatte die katholische Kirche durch ihre Gesetze einen schweren Zwang auf die Gewissen gelegt, durch ihre Officiale übten die Bischöfe eine Tyrannei, welche in der Vorrede des Visitationsbüchleins in so lebendigen Zügen geschildert ist; darum wirft Luther die Ehesachen selbst als ein äußerliches Werk von sich, und flüchtet sich hinter die Idee der unsichtbaren Kirche. Später indeß, als der Idee der unsichtbaren Kirche gegenüber das Leben sein Recht geltend machte, als es offenbar wurde, daß die Kirche einer Verfassung bedürfe, innerhalb deren sich das Christenthum als eine individuelle Weise des Lebens entfalten könne, hatten sich auch die Ansichten der Reformatoren von den Ehesachen wesentlich geändert, und nun finden wir die Forderung besonderer Behörden auch für die Ehesachen, (peculiare forum, ad quod constituendum opus est ecclesiae facultatibus. Anhang zu den Schmalk. Art. de pot. episc. i. f.) Hier, wie später bei den Verhandlungen über die Consistorien wird zwar ein ausschließliches Recht der Kirche nicht beansprucht, bestimmt aber anerkannt, es sei angemessen, der Kirche die Gerichtsbarkeit in Ehesachen überhaupt zu überweisen, damit die in der Schrift wurzelnden, der Kirche zur Obhut anvertrauten Beziehungen der Ehe allseitig gewahrt werden könnten. In der That ist auch dies wenigstens früher immer die Ansicht der protestantischen Kirche gewesen, und die neuere hin und wieder hervorgetretene Gestaltung, welche der Kirche die Mitwirkung an der Ordnung des Eherechts ganz entzieht, und diese ausschließlich dem Staate überweist, ist nicht etwa die Vollziehung eines Gesetzes der Reformation, sondern ein Zeichen der Nichtachtung der Kirche. (Richter a. a. O. B. 22 flgde. desgl. auch: Stahl und Gerlach in der Zeitschrift für Protestantismus und Kirche, II, 21 flgde.)

Nicht blos überwiegend, wie die Begründung sagt, son-

dern durchgängig sind in unserm Lande die Ehesachen den Consistorien überwiesen; (die Kirchenordnungen einzelner Städte hatten nur eine vorübergehende Wirksamkeit,) und in welchem Sinn dieses geschah, zeigen die mitgetheilten Worte der Landesfürsten. Mit der den Consistorien beigelegt gewesenen bürgerlichen Gerichtsbarkeit über Geistliche, welche ebenfalls von der „Begründung" zur Unterstützung ihrer Ansichten hervorgezogen wird, verhielt es sich dagegen ganz anders. Diese haben die Reformatoren allerdings nicht als eine aus kirchlicher Quelle fließende angesehen, (Eichhorn Kirchnr. I, 249 u. 731.) und als das Jahr 1848 die früheren Gründe für diesen persönlichen Gerichtsstand nicht ferner anerkennend, und einem schon länger geltend gemachten Wunsche, (Jurist. Zeit. f. 1838 Heft. 2. S. 125 flgde.) entsprechend, diesen Theil der Gerichtsbarkeit den Consistorien abnahm, konnte von einer Beeinträchtigung der Rechte nicht die Rede sein. Aber eben so wenig als dieser Vorgang die jetzt ventilirte Frage irgend berührt, eben so wenig kann er derselben in irgend einer Hinsicht zum Präjudiz gereichen. Bei Errichtung der Consistorien mag zwar die Absicht mehr oder weniger dahin gegangen sein, überhaupt alle Functionen der bisherigen Kirchenbehörden, für welche in den reformirten Landen ein Organ fehlte, den zu bildenden Consistorien zuzuweisen, wobei eine Ausscheidung alles dessen, was nach reformatorischer Ansicht auf der Auctorität der Kirche beruht, durch den Zweck nicht geboten war, und fern lag, aber auf der andern Seite beweisen Entstehung und Bestand der Consistorien eben so wenig, daß die Regelung der Ehegerichtsbarkeit lediglich als ein Act der Staatsgewalt und nicht der Kirchengewalt anzusehen sei. — Die noch heut zu Tage in Kraft stehenden Kirchenordnungen sahen die Regelung der Ehegerichtsbarkeit als eine ihrer wesentlichsten Aufgaben an, und haben sie demgemäß geordnet. Diese Thatsache genügt, um auf den Weg hinzuweisen, auf welchem für erforderlich erachtete Abänderungen zu bewirken sind. § 23. des Ges. v. 5. Sept. 1848 schreibt im Absatz 3 vor: „Einer solchen Berathung (mit einer vom Könige zu berufenden Versammlung von geistlichen und weltlichen Personen — Vorsynode —) bedarf es auch dann, wenn vor Errichtung von Synoden — neue Kirchenordnungen

erlassen, oder in wesentlichen Grundsätzen derselben — Veränderungen vorgenommen werden sollen." — Man glaubt sich über diese Vorschrift hinwegsetzen, und sie als unzutreffend ansehen zu können, weil hier nicht wesentliche Grundsätze der Kirchenordnungen in Frage ständen, sondern Angelegenheiten, die eigentlich nicht einmal in eine Kirchenordnung gehörten. Dieses würde richtig sein, wenn die Ehe lediglich aus dem Gesichtspunkte eines bürgerlichen Vertrages aufzufassen wäre. Und soll etwa der Staat alleiniger Richter darüber sein, ob in Kirchengesetzen ausgesprochene Grundsätze wesentliche oder unwesentliche sind? Mit gleichem Anschein könnte man dann die die christliche Lehre oder das geistliche Amt bezielenden Bestimmungen für außerwesentliche erklären, und im Wege der staatlichen Gesetzgebung zu ändern oder zu beseitigen für zulässig halten; es würde dieses Consequenz eines Grundsatzes sein, der die Kirche in ihren verfassungsmäßigen Rechten nicht nur höchlichst gefährden, sondern sie zu einer Staats-Anstalt gleichwie Justiz, Polizei und Kriegswesen herabdrücken würde. Wir sind weit davon entfernt, dem Staate die Befugniß auf die Ehe als eine rechtliche Ordnung einzuwirken, bestreiten zu wollen, aber gleichzeitig darf die Kirche das Recht in Anspruch nehmen, auf die Ehesachen auch von ihrem Standpunkte aus ebenfalls einzuwirken.

Allerdings würde es nicht richtig sein, alle und jede Bestimmungen, die gerade in einer Kirchenordnung sich finden, eben nur, weil sie in selbiger einen Platz gefunden, wenn sie geändert werden sollen, auf den Weg der Concurrenz landeskirchlicher Organe zu verweisen; auf der anderen Seite hat jedoch der Staat seinem Verfügungsrechte selbst eine Schranke gezogen, vermöge deren es nicht ausschließlich von seiner Beurtheilung abhängen wird, ob Grundsätze der Kirchenordnungen wesentliche sind oder nicht. In des Hrn. Prof. E. Herrmann Rechtsgutachten über den verfassungsmäßigen Weg bei Einführung von Veränderungen in den Konsistorialeinrichtungen (Gött. 1851. S. 19) wird anerkannt, daß eine Gesetzgebung, welche im Gebiete der Lehre, Liturgie, oder eigentlichen Verfassung Veränderungen macht, der einseitigen landesherrlichen Anordnung entzogen sei. Nun ist aber die Ehe ein

Stück der christlichen Lehre, und gerade deshalb hat die Kirche ihre Mitwirkung bei Feststellung und Anwendung der Grundsätze über deren Eingehung und Auflösung in Anspruch genommen.

Es sind aber nicht allein Rechtsgründe, welche eine Regelung der Ehegerichtsbarkeit durch den Staat nur in Uebereinstimmung mit der Kirche wünschenswerth und erforderlich machen, sondern auch Gründe der Zweckmäßigkeit. Will man nämlich auch auf Gewissensbedenken mancherlei Art kein Gewicht legen, so kann man sich doch der Bedeutung der zwischen den weltlichen und kirchlichen Behörden entstehenden Conflicte nicht verschließen. Preußen hat in Folge der Uebertragung der Ehegerichtsbarkeit an weltliche Gerichte, deren Conflict-Verhältniß den geistlichen Behörden gegenüber stabilirt, indem es den Grundsatz ausgesprochen, daß diese eine dem canonischen Rechte nicht entsprechende Ehescheidung nicht anzuerkennen brauchen. (Anh. d. Pr. Ger.-Ord. §. 287). Die geistliche Behörde muß also, um sich eine ausreichende Ansicht zu verschaffen, Acten und Urtheil des Gerichts prüfen und revidiren, um zu dem erforderlichen selbständigen Urtheil zu gelangen. Sowohl in dieser Hinsicht, als auch rücksichtlich einzelner Theile des von uns bisher Besprochenen scheint uns ein vom Gen.-Sup. und Cons.-Rath Dr. Twele auf der Prediger-Conferenz zu Hannover gehaltener Vortrag (Zeitblatt f. d. luther. Kirche 1851 Nr. 29) sehr beachtenswerth, zumal derselbe wohl als Ausdruck der Ansichten der lutherischen Geistlichkeit unseres Landes im Allgemeinen wird angesehen werden dürfen. (Zeitbl. 1853 Nr. 19). Zur gehörigen Orientirung über den Gegenstand lassen wir um so lieber einige Sätze aus jenem Vortrage im Auszuge folgen, als derselbe der Mehrzahl der Leser wohl nicht bekannt geworden sein wird.

„Die weltliche Obrigkeit hat die göttliche Pflicht, in ihren Gerichten dem Worte Gottes unterthan zu sein. — Die weltliche Ehegerichtsbarkeit, welche Gottes Wort zur unbedingten Norm nimmt und vollführt, ist kirchlich anzuerkennen, umgekehrt aber nicht. Jedoch mit der Beschränkung, daß das göttliche Recht der Obrigkeit zwar immer anzuerkennen ist, und sie nicht aufhört, Gottes Ordnung zu sein, wenn sie aufhört, dieselbe

auszuüben, — anders aber verhält es sich rücksichtlich der Anerkennung der einzelnen Ausübung. Diese ist durch ihre Angemessenheit zum Worte Gottes bedingt. Handelt es sich demnach um eine Bürgschaft für die Angemessenheit der weltlichen Ehegerichtsbarkeit zum Worte Gottes, so ist solche in dem Sinne zu fordern, daß nicht die gesammte rechtliche Ordnung schon eine solche Abweichung sei, oder besser eine Bürgschaft dafür, daß die rechtliche Ordnung selbst auf das Wort Gottes als ihr Prinzip sich gründe, und an das Wort Gottes als ihre Norm gebunden sei. Diese Bürgschaft muß der Kirche als solcher gegeben werden. Diese hat als solche das Recht zu verlangen, und die Pflicht, dafür zu sorgen, daß alle ihre Glieder nach Gottes Wort gerichtet werden. Mit dem Uebergange der Ehegerichtsbarkeit an die bürgerlichen Behörden ist das materielle Eherecht der unmittelbaren Einwirkung und Obhut der Kirche entzogen. Jener Uebergang scheint unausbleiblich zu einer außerkirchlichen nicht schlechthin auf dem Worte Gottes beruhenden Weiterbildung, d. i. Umbildung des materialen Eherechts führen zu müssen. — Es handelt sich aber nicht blos um die Gültigkeit des materiellen Eherechts, sondern besonders um die Auslegung und Anwendung desselben. Die Forderung und Sprechung des Rechts ist überall nicht eine so blos formelle Verrichtung, daß die persönliche Gesinnung, der eigene Geist der richtenden Personen darauf keine Einwirkung hätte. Es ist aber vielleicht kein Rechtsgebiet anderweitigen Einwirkungen so bloß gestellt, wie das Eherecht, und zwar aus dem Grunde, weil eine feste, klare und alle Willkühr fernhaltende Gesetzgebung in unserer Kirche nicht stattgefunden hat, sondern die Rechtsentwickelung zumeist der Wissenschaft und der Praxis überlassen ist. — — — Die Kirche kann sich bei dem einzelnen, ihr Wesen verletzenden, und ihr Recht aufhebenden Falle nicht beruhigen, weil sie durch Gottes Wort gebunden ist, jeden einzelnen Fall, abgesehen von Folgen und Wirkungen, nach Gottes Wort zu richten. Die persönliche Bestellung des Ehegerichts, in Verbindung mit einem kirchlich gültigen Eherecht und einer kirchlich genügenden Ehegerichtsordnung giebt allein der Kirche diejenige Garantie, welche sie zu fordern hat. Dies führt zu der Forderung eines eigenen besonderen Gerichts, also

soll die Garantie eine genügende sein, zusammengesetzt aus weltlichen und geistlichen Richtern.

Wird solche Garantie gegeben, so mag die Kirche freilich noch den Uebergang der Ehegerichtsbarkeit auf die bürgerlichen Gerichte als einen durch die thatsächlichen Verhältnisse nicht genügend gerechtfertigten, und zugleich als einen wegen der leichter möglichen Verweltlichung immer noch bedenklichen, ernstlich widerrathen, aber sie hat denselben nicht bloß zuzulassen und zu dulden, als ein Unrecht, sondern anzuerkennen und anzunehmen, weil der Staat kraft des ihm zustehenden göttlichen Rechts handelt." — Schließlich wird die Frage erörtert, wie sich die Kirche zu stellen habe, wenn jene Garantie nicht gegeben werde? und Sprüchen nicht kirchlicher Behörden nur dann Geltung beigelegt, wenn sie dem Worte Gottes gemäß sind. Dies wird rücksichtlich der Erkenntnisse auf Trauung verlobter, und Wiedertrauung geschiedener Personen näher dargelegt, namentlich in letzterer Hinsicht gesagt: „Die Kirche kann in sie nicht willigen, noch weniger dazu mitwirken. Nachdem der Herr die Wiederverheirathung solcher Personen, welche ohne von ihm, dem Herrn selbst, anerkannte Gründe geschieden sind, mit ausdrücklichen Worten für einen Ehebruch erklärt hat, kann eine solche Wiedertrauung nur eine Mitwirkung zum Ehebruch genannt werden. Die bürgerliche Obrigkeit kann und wird freilich die Gültigkeit ihrer Rechtssprüche von der kirchlichen Anerkennung nicht abhängig machen, vielmehr dieselbe auch gegen die kirchliche Nichtanerkennung festhalten und schützen; sie ist verpflichtet, sie zu schützen, denn sie ist verpflichtet, das durch ihren Rechtsspruch erworbene Privatrecht zu schützen; dann ist nur ein doppeltes möglich: bürgerliche Wiedertrauung — Civilehe, — dawider werden wir uns nicht wehren können, oder gezwungene kirchliche Trauung, — da heißt es: du sollst Gott mehr gehorchen, denn den Menschen." *)

*) Wie stimmen diese Sätze aber mit der lange und zwar ohne Widerspruch der Kirche bestehenden Befugniß des Ob.-A.-G., ohne Theilnahme jedes geistlichen Elements, sogar unter Theilnahme nicht evangelischer Mitglieder und vielleicht unter Aufhebung eines entgegenstehenden Spruchs des Consistorii, Ehen zu trennen; erklärt auch die Kirche diesen Rechtszustand auf die oben S. 213 flg. versuchte Weise? Red.

Es wäre, wie gesagt, zu wünschen gewesen, daß der Staat der Möglichkeit der hier angedeuteten Conflicte hätte vorbeugen wollen, um so mehr, da zu fürchten steht, daß sie nicht selten eintreten werden.

Die Ehegerichtsbarkeit, mit der bisher eine geringe Anzahl von Behörden sich beschäftigten, bei denen eine lebendige Kenntniß des Eherechts, wie solches zum guten Theile in der Praxis sich entwickelt und festgestellt hat, in ununterbrochenem Bewußtsein stattfand, geht an 16 Obergerichte über, denen dieser Zweig der Rechtspflege bisher fremd war. Es werden daher sehr mannigfaltige Rechtsansichten sich Bahn brechen und die widersprechendsten Theorien zur Geltung gelangen. Die Berufung an das Oberappellationsgericht kann etwaigen Uebelständen um so weniger vollständig abhelfen, als nicht in allen Fällen das Rechtsmittel zur Hand genommen werden wird, denn es ist z. B. sehr denkbar, daß die Parteien mit einer von einem Obergerichte ausgesprochenen, dem Kirchenrecht nicht entsprechenden Scheidung wohl zufrieden sind.

In einer Hinsicht hat jedoch die Königl. Regierung geglaubt, der kirchlichen Seite der Ehe eine Berücksichtigung angedeihen lassen zu dürfen, wenn auch nicht aus Rechtsgründen, doch aus Gründen der Rathsamkeit. Es ist dies die Beschränkung der Eherichter auf Confessionsangehörige und eine richterliche Mitwirkung öffentlicher Diener der Kirche. Die „Begründung" bemerkt, daß beides den Einzelnen, wie der Kirche noch eine besondere Garantie für gewissenhafte und richtige Anwendung und Weiterbildung des auf dem Boden des kirchlichen Bekenntnisses erwachsenen und nach der Natur der in Betracht kommenden Verhältnisse hie und da einen mehr „fließenden" Charakter an sich tragenden Eherechts gebe. Die Betheiligung von Geistlichen bei der Ehegerichtsbarkeit und der unter ihrer Autorität vor sich gehenden Lösung des Ehebandes stelle sich überdies dem allgemeinen Bewußtsein als etwas der geistlichen Mitwirkung bei Eingehung der Ehe durchaus Entsprechendes dar, und sei, wie diese, in der Sitte gewurzelt, so daß ihre Beseitigung die Würde und Heiligkeit der Ehe in der öffentlichen Meinung nicht ungefährdet zu lassen drohe.

Dieser der Kirche hier gemachten Concession vermögen wir

bedeutenden Werth nicht beizulegen, denn der in nicht allzuhäufigen Fällen als jüngstes Mitglied in das Obergericht eintretende Geistliche wird dessen Mitgliedern gewöhnlich als ein fremdes Element gegenüberstehen, und selten einen Einfluß durch sein Stimmrecht zu äußern im Stande sein. Darnach möchten wir uns nicht gegen einen Vorschlag erklären, der wenigstens der äußeren Erscheinung des Gerichts und der Behandlung des Gegenstandes eine ganz eigenthümliche Würde und Bedeutung aufzudrücken wohl geeignet ist. Soll jedoch den Ansprüchen der Kirche an ein Ehegericht, wie solche in der Zeit der Reformation sowohl, als auch laut der oben mitgetheilten hannoverschen Conferenzverhandlungen neuerdings aufgestellt wurden, einigermaßen genügt werden, so kann dieses nicht dadurch geschehen, daß vier weltlichen Richtern ein Geistlicher beigegeben wird; eine Zahl von zweien dürfte hier ein richtigeres, der Natur eines Ehegerichts entsprechenderes Verhältniß herbeiführen, und doch das juristisch gebildete Element stets überwiegend bleiben. — Jedenfalls überflüssig ist es, wenn die „Begründung" auch die Frage erörtert, ob etwa die Zahl der geistlichen Richter der der weltlichen Richter gleichzustellen sei, — da die oberen Gerichte regelmäßig nur in ungerader Richterzahl zu erkennen haben.

II. Gerichtsbarkeit in Ehe- und Verlöbnißsachen der Katholiken.

Die Jurisdiction über Katholiken in Ehesachen erscheint in unserm Lande sehr buntscheckig. In den althannoverschen Provinzen war der Besitzstand des Normaljahrs 1624 für die Katholiken sehr ungünstig, nur in Nörten befand sich eine katholische Gemeinde unter der geistlichen Regierung des Erzstifts Mainz. — In Hannover erhielten die Katholiken in Folge eines zwischen Kurfürst Ernst August und dem Kaiser 1692 geschlossenen Vertrages freie Religionsübung, standen jedoch nebst ihren Geistlichen unter der geistlichen Botmäßigkeit und Jurisdiction des Landesherrn, namentlich auch in Ehesachen, in welchen jedesmal ein Commissionsgericht verordnet werden sollte, welches nach den Prinzipien der Päpstlichen Rechte und Römisch-Katholischen Kirche in der Sache verfahren und sprechen

sollte. (Verord. v. 25. April 1713, §. 12 und 14.) Die Gemeinden zu Celle und Göttingen entstanden ebenfalls erst später, und waren den erheblichsten Beschränkungen unterworfen, die erst in Folge der deutschen Bundesacte Art. 16, besonders aber durch die Verord. vom 28. Sept. 1824 beseitigt sind, wie denn auch diese Gemeinden in Folge der Päpstlichen Bulle **Impensa Romanorum Pontificum Sollicitudo** vom 26. März 1824 dem Sprengel des Bischofs von Hildesheim überwiesen sind. An einem zuständigen Gerichte fehlt es hier, vermöge Auftrages pflegt das Consistorium zu Hildesheim als solches zu erkennen. — Im Osnabrückschen hatte vermöge Publicandi vom 2. Dec. 1802 das Officialatgericht die katholische geistliche Gerichtsbarkeit allein auszuüben. Gegen dessen Erkenntnisse sollte die Supplication mit Actenverschickung, oder die Berufung an den König selbst stattnehmig sein, in welchem letzteren Falle der König versprach, über diese Berufung durch katholische von der Provinzialregierung zu ernennende Commissarien in letzter Instanz erkennen zu lassen. Am 14. April ist das Officialatgericht aufgehoben und dessen geistliche Civilgerichtsbarkeit einer interimistischen außerordentlichen Commission, welche späterhin den Namen eines Consistorii erhalten, übertragen, wobei jedoch bemerkt wurde, daß die gegen deren Erkenntnisse zur Hand genommenen Rechtsmittel der Supplication nebst Actenverschickung, sowie Berufung an den König fernerhin bestanden, über letztere aber durch katholische von der Regiminalbehörde zu ernennende Commissarien zu erkennen sei. Laut Bekanntmachung der Landdrostei zu Osnabrück vom 16. Junius 1823 soll nach Specialbefehl Sr. Königl. Majestät bei der noch zur Zeit nicht erfolgten definitiven Bestimmung in Absicht derjenigen Behörde, an welche die Berufungen gebracht werden sollen, vorerst und bis auf weitere Verfügung, die Entscheidung jedesmal zweien, der katholischen Religion zugethanen, dazu auszuersehenden fähigen dortigen Rechtsgelehrten in letzter Instanz aufgetragen werden. — In Hildesheim hatte die westfälische Regierung die bis dahin besonderen katholischen geistlichen Gerichte unterdrückt, 1815 wurden sie durch ein Consistorium ersetzt, von welchem die Appellationen an das Oberappellationsgericht gehen.

Der Gesetzentwurf vom 25. April 1853, §. 4 bis 6 will für die Landestheile, in denen die Ehesachen nicht den weltlichen Gerichten bisher schon zugewiesen sind, an die Stelle des großen Senates eines Obergerichtes zwei katholische Ehegerichte, eines zu Hildesheim, eines zu Osnabrück, treten lassen, davon jedes mit zwei rechtsgelehrten Richtern und einem geistlichen Richter, sämmtlich katholischer Confession besetzt werden soll. Nach §. 8 soll mit Ausschluß aller Zuständigkeit des Oberappellationsgerichts je das eine von ihnen die höhere Instanz über dem andern bilden. In dieser Hinsicht bemerkt die Begründung, daß neue Rücksichten der Justizverwaltung schwerlich zu etwas Anderm führen könnten, als zu einer einfachen Ausdehnung der für die Diöcese Hildesheim bereits bestehenden Zuständigkeit des Oberappellationsgerichts auf die Diöcese Osnabrück, eine solche habe jedoch bedenklich geschienen, weil mit Grund zu besorgen stehe, daß der katholische Theil der Diöcese Osnabrück durch diese Anordnung sich tief gekränkt und verletzt fühlen würde. — Die ständische Commission hat zu diesem Theile des Gesetzentwurfs Verbesserungsanträge nicht gestellt. — Die Rücksichtnahme der Königl. Regierung geht hier weiter als für die überwiegende Mehrzahl der Landesunterthanen. Obwohl sie in ihrer Begründung ausdrücklich anerkennt, daß sie eine allseitig befriedigende Einrichtung nicht habe ermitteln können, stellt sie darnach die auf eine gute Justizpflege zu nehmende Rücksicht in den Hintergrund. Ein innerer Grund, den katholischen Consistorien die Gerichtsbarkeit abzunehmen, existirt überall nicht, und um so weniger, als man nicht im Stande ist, etwas Besseres an deren Stelle zu setzen. Es wäre deßhalb zu wünschen gewesen, man hätte unter Aufhebung des §. 10 des Gesetzes vom 8. November 1850 über die Gerichtsverfassung lediglich auf eine Regelung der Competenz-Verhältnisse und des Verfahrens Bedacht genommen. —

Trotz der schonenden Rücksichtnahme auf die Katholiken fühlen diese sich tief verletzt, wie die Schritte der Osnabrückschen Geistlichkeit dargethan haben. Nachdem in der Päbstlichen Circumscriptionsbulle vom 26. März 1824 anerkannt ist, daß **e Sacrorum Canonum rigore haud mediocriter temperandum fuisse**, würde freilich eine Wiederherstellung der bischöf-

lichen Gerichtsbarkeit nach der geschichtlichen Entwickelung unserer Staatsverhältnisse undenkbar sein. Indessen müssen die Katholiken nach ihrem Dogma von der Ehe als Sacrament, gestützt auf Conc. Trid. Sess. 24 Can. 12: **Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices Ecclesiasticos, anathema sit**, ein Geistliches Gericht für Ehesachen in Anspruch nehmen, und ein solches haben sie, wenigstens der Form nach, in den Consistorien, nicht aber in den neu zu bildenden Gerichten, mag man sie nun weltliche Ehegerichte, oder auch blos Ehegerichte nennen. Einen genügenden Grund dafür: dem Oberappellationsgerichte die demselben bisher beigelegt gewesene Zuständigkeit zu entziehen, und sie ihm hinsichtlich der Osnabrückschen Ehesachen nicht beizulegen, vermögen wir nicht aufzufinden. In letzterer Hinsicht ist das eben so nahe liegend, einfach, den höchst mangelhaften provisorischen Zustand, vermöge dessen nur zwei einzelne wechselnde Rechtsgelehrte in Osnabrück eine höchste Instanz bilden, zu beseitigen, und dieselbe Behörde, welche bisher in den Hildesheimschen katholischen Ehesachen mit Unbefangenheit, und durch lange Erfahrung gereifter Sachkenntniß Recht sprach, auch mit den Osnabrückschen zu betrauen. Daß die Mitglieder des Oberappellationsgerichtes oder des betreffenden Senats der Mehrzahl nach nicht katholischen Glaubens sein werden, kann künftig eben so wenig ein durchschlagendes Bedenken erregen, als ein solches bisher entgegen gestanden hat, denn es versteht sich ganz von selbst, daß in der höheren Instanz nur die Gesetze des Proceßgerichts, also das Kirchenrecht der Katholiken ohne alle Rücksicht auf Ansichten der Protestanten, die Entscheidungsquelle bilden. Sowohl der Sache als der Form wegen würde es sich übrigens auch hier empfehlen, zwei oder doch mindestens einen katholischen Geistlichen mit Stimmrecht an den Sitzungen und Entscheidungen in Ehesachen der höchsten Instanz Theil nehmen zu lassen. Der Regierungs-Entwurf will dagegen die so unendlich tief in Wohl und Wehe eingreifenden Ehesachen durch zwei durchaus ungenügend besetzte Gerichte entscheiden lassen, gegen deren etwaige Mißgriffe nur bei einem gleich ungenügend besetzten Gerichte Abhülfe soll gesucht werden können. Hier fehlt ausreichende Garantie einer erträglichen Rechtspflege. Eine feste Praxis kann sich nicht

bilden, wo die Ansicht eines einzigen neu eintretenden Mitgliedes genügt, bisher befolgte Grundsätze zu gefährden, oder auch über den Haufen zu werfen, auch hat das wechselseitige Erkennen dieser beiden Gerichte in der Instanz der Rechtsmittel die größten Bedenken gegen sich. Warum also den bisherigen im Wesentlichen befriedigenden, sehr leicht zu vervollkommenden Zustand gegen einen andern vertauschen, den die K. Regierung selbst als mangelhaft anerkennt, und der die Ansprüche der Katholiken zu befriedigen doch nicht geeignet ist?

Zum Schluß wird es nicht undienlich sein, einen vergleichenden Blick auf die Ehegerichtsbarkeit in andern deutschen Ländern zu werfen. In Oestreich erfolgen die Ehescheidungen durch die bürgerlichen Gerichte (Allgem. bürgerl. Gesetzb. von 1811. S. 93 flgde.), jedoch ist die Meinung des betreffenden Ordinariats einzuholen (Hofkanzl.-Decret v. 12. Mai 1830.) — In Preußen bestehen katholische geistliche Gerichte für Schlesien, Westpreußen, Ermeland und Posen, nicht aber für die westlichen Provinzen. In Baiern erkennen geistliche Gerichte kraft des Concordates von 1817. Art. 12. Lit. e.

Während in Sachsen das katholische Consistorium die Gerichtsbarkeit ausübt, instruirt in Würtemberg das Oberamt in Gemeinschaft mit dem Decan die Sache. Die Scheidung selbst spricht aber das bischöfliche Ordinariat aus, und weiset die Eheleute zur Auseinandersetzung ihres zeitlichen Vermögens an das betreffende Oberamts-Gericht. In Nassau gehören sowohl Klagen auf Scheidung von Tisch und Bett, als die auf Nichtigkeit der Ehe vor das geistliche Gericht, ebenfalls in Weimar, jedoch mit der eigenthümlichen Ausnahme, daß die Landes-Regierungen als weltliche Justiz-Behörden zu erkennen haben, wenn die geschlossene Ehe aus dem Grunde der mangelnden Einwilligung, wegen Gewalt, Furcht, Simulation, oder wegen Unvermögen, und wenn dieselbe aus dem Grunde eines zerstörenden in den Landes-Gesetzen bestätigten Ehehindernisses als nichtig angefochten wird. (Müller, Lex. II, 496—518. Eichhorn, Kirchnr. II, 152 flgde.)

Wir finden also in allen so eben erwähnten Ländern, Oestreich und einen Theil Preußens allein ausgenommen, die geistliche Gerichtsbarkeit der Hauptsache nach fortdauernd. Die

auffallende Abweichung der öſtreichiſchen Geſetzgebung beruht auf dem von Joſeph II. erlaſſenen Ehepatent vom 16. Januar 1783, wonach zwiſchen dem bürgerlichen Vertrag der Ehe und deſſen Wirkungen und dem Sacrament der Ehe unterſchieden wird. Dieſe Trennung hat jedoch die bedenkliche Folge, daß Conflicte und Gewiſſensbedrückungen eintreten können, da die geiſtlichen Behörden eine dem canoniſchen Recht nicht entſprechende Eheſcheidung nicht anzuerkennen haben, wie ſolches auch in Preußen hinſichtlich der von weltlichen Gerichten erfolgten Scheidungen geſetzlich ausgeſprochen iſt.

III. Gemiſchte Ehen.

Für gemiſchte Ehen ſollen nach dem Geſetz-Entwurfe (§. 3 u. 15.) gleich den jüdiſchen Eheſachen, die großen Senate der Obergerichte in ihrer gewöhnlichen Zuſammenſetzung competent ſein, weil ſie dem Gebiete keiner beider Confeſſionen rein und vollſtändig angehören, es ſoll jedoch der dem Proceßverfahren vorangehende Sühneverſuch von Geiſtlichen beider Confeſſionen angeſtellt werden.

Rückſichtlich des jetzigen Rechtszuſtandes iſt zu bemerken, daß die Verordnung vom 23. April 1713, deren Gültigkeit ſich jedoch über die katholiſche Gemeinde in Hannover hinaus nicht erſtreckt, Ehezwiſtigkeiten unter Ehegatten gemiſchter Religion ausſchließlich vor das evangeliſche Conſiſtorium verweiſet. — Das Conſiſtorium zu Hildesheim iſt vermöge der Verordnung vom 24 Auguſt 1815 competent, inſofern der Beklagte Katholik iſt. Die in einem ſolchen Falle ausgeſprochene **separatio perpetua** bewirkt, daß der proteſtantiſche Ehegatte ſich an das Miniſterium wenden und darauf antragen muß, die Ehe hinſichtlich ſeiner auch **quoad vinculum** trennen zu laſſen. Daſſelbe iſt aber nicht in Scheidungsklagen der Eheleute gemiſchter Religion zuſtändig, die in den Eichsfeldſchen Landestheilen wohnen, weil in dieſer Hinſicht, mittelſt Verordnung vom 13. Juni 1825 die ordentlichen weltlichen Gerichte für allein competent erklärt ſind. — Die Competenz des Conſiſtorii zu Osnabrück hängt ebenfalls vom Gerichtsſtande des Beklagten ab. (Lippert Ann. III, 42 u. 43.)

Die bisherige Behandlung der Eheſachen von Eheleuten

gemischter Confession durch confessionelle Ehegerichte, deren Competenz sich nach dem Gerichtsstande des Beklagten richtete, führte die üble Folge herbei, daß dem Kläger nicht das ihm durch das Kirchenrecht seiner Confession erworbene Recht gewährt werden konnte, — denn es ist wohl die Ansicht als hinreichend widerlegt anzusehen, daß evangelische Consistorien das katholische Dogma von der Ehe bei ihren Richtersprüchen berücksichtigen sollen. (Jurist. Zeit. 1837, II. S. 125. Gesterding, Ausbeute, Th. V. Abth. 2.) Ein Ehegericht gemischter Confession ist nicht wohl denkbar, und so bleibt allerdings nur der Ausweg, nach dem Vorgange des Preußischen Landrechts (Th. II. Tit. 1. §. 733—35.) die Entscheidung dem bürgerlichen Richter zu überlassen. In Preußen, wo ein bürgerliches Eherecht existirt, gaben dessen Bestimmungen die Norm der Entscheidung und dem Gewissen der geschiedenen Ehegatten bleibt es überlassen, ob sie sich zur Wiederverheirathung befugt halten, bei uns werden jedoch die bisherigen Schwankungen der Praxis (Magaz. II, S. 183, Note 21.) wahrscheinlich fortdauern.

II.

Ausdehnung des statutarischen Erbrechts der Eheleute in der Stadt Einbeck auf Nichtbürger.

Die Bd. II. S. 419 dieses Magazins angeregte Frage, ob städtische Statute, von denen früher die Canzleisässigen eximirt gewesen, nach Aufhebung der Canzleisässigkeit durch das Gesetz vom 18. August 1848 nunmehr auch für die Canzleisässigen Geltung gewonnen haben, wurde in einem Rechtsstreite Münch contra Behling zur Sprache gebracht, der in letzter Instanz am 16. Februar 1853 zur Entscheidung des K. O.-A.-G. gelangte. — Es handelte sich darum, ob ein in Einbeck wohnhafter Advocat nach dem Statut für die Stadt Einbeck von 1658 über die successio conjugum*) seine Ehefrau beerbte, was ihm die Verwandten der letztern bestritten, weil sie, indem sie

*) Die Kgl. Verordnung vom 20. Januar 1753, welche das in Einbeck bestehende städtische Statut, vermöge dessen der überlebende Ehegatte den Verstorbenen beim Mangel an Kindern ab intestato beerbt, als rechtbeständig anerkennen will, bestimmt, daß dies Statutum nicht nur die wirklichen Bürger, sondern auch alle unter dem Gerichtszwange des Einbeckschen Magistrats stehenden Personen verbinden, die Auswärtigen, wie auch canzleisässigen Personen aber davon ausgenommen und befreit sein sollen.

Durch Kgl. Verordnung vom 6. Juni 1828 wurde über die Ausdehnung des fraglichen Statuts auf die bisher der Gerichtsbarkeit des Stifts St. Alexandri unterworfene s. g. Stiftsfreiheit nach Uebergang derselben auf die städtische Gerichtsbarkeit zu Einbeck, „zur Gleichstellung der Erbrechte der Ehegatten in dem ganzen jetzigen Gerichtssprengel des Einbecker Stadtgerichts," bestimmt, daß das Statut, vom 1. Sept. 1828

seine Canzleisässigkeit behaupteten, die Anwendbarkeit des Statuts auf ihn sowie überall die fortdauernde Anwendbarkeit desselben nach Aufhebung der städtischen Gerichtsbarkeit leugneten. Indeß wurde in allen Instanzen bei Anwendbarkeit des Statuts auf den Beklagten dessen Erbrecht aufrecht erhalten. — Die Behauptungen der klagenden Partei, daß Beklagter früher ein landtagsfähiges Rittergut besessen, und daß er im Besitze eines Adelsbriefs für seine Familie sich befinde, erkannten die Gerichte nicht für genügend, um ihn nach den bisherigen Grundsätzen als canzleisässig aufzufassen. — Das städtische Statut wurde aber für zutreffend erachtet, wenn auch der Beklagte nicht Einbecker Bürger sei, da die landesherrliche Verordnung vom 20. Januar 1753 bestimme, daß das statutarische Recht der Stadt Einbeck auch alle unter dem Gerichtszwange des Einbeckschen Magistrats stehende Personen mit Ausnahme der Canzleisässigen und Auswärtigen verbinden solle. Nun ist allerdings die Gerichtsbarkeit bereits am 9. Juni 1840 von dem städtischen Magistrat auf das K. Amt übergegangen, und damit die Voraussetzung des Gerichtszwangs der städtischen Obrigkeit für die Bewohner der Stadt, bis auf die damals dem Magistrate noch vorbehaltene Polizeistrafgewalt, gestört, indeß ist in den gerichtlichen Entscheidungen darauf kein Gewicht gelegt, da, wie es in dem Erkenntnisse summi tribunalis heißt, „durch jene nähere gesetzliche Bestimmung nur die Grenzen der Anwendbarkeit des Statuts festgesetzt sind, nicht aber die Unterordnung unter die Gerichtsbarkeit des Magistrats dergestalt zu einer Voraussetzung der Anwendbarkeit gemacht worden, daß diese an die Fortdauer der städtischen Gerichtsbarkeit geknüpft sei, demnach auch nach Aufhebung der letztern die fortdauernde Gültigkeit des Statuts nicht zu bezweifeln stehe." —

Leider war nach dieser Urtheils-Begründung kein weiterer Anlaß für das höchste Gericht, die interessante oben angeregte

auch auf alle in der s. g. Stiftsfreiheit wohnenden, dem Gerichtszwange der Stadt untergebenen Personen Anwendung finde.

Durch Kgl. Verordnung vom 9. Juni 1840 wurde die Gerichtsbarkeit des Stadtgerichts dem Amte Einbeck übertragen.

(cf. Grefe, hannov. Privatrecht Thl. I. S. 65 (2te Aufl.), wo sich die das Statut betreffende Literatur verzeichnet findet.)

Frage, zu entscheiden; jedoch sind wir im Stande, die weitere Ausführung des Referenten zunächst über die Frage:

Welchen Einfluß die Aufhebung der städtischen Gerichtsbarkeit zu Einbeck auf die Anwendbarkeit des fraglichen Statuts habe?

und dann auch seine Rechtsansicht über jene Frage, nämlich die Ausdehnung des Statuts auf früher Canzleisässige, nach dessen schriftlichem Vortrage mitzutheilen, eine Ansicht, die, wie wir vernehmen, wenigstens im Resultate auch den Beifall der Majorität der den Fall entscheidenden Gerichtsabtheilung gefunden hat, ohne indeß nach Lage der Sache in das Erkenntniß aufgenommen zu sein.

Zur Zeit der Entstehung der deutschen Städte-Verfassung und deren erster Entwicklung ward in den Städten die Gerichtsbarkeit von herrschaftlichen Beamten ausgeübt. Die Namen „Vogt" und „Schultheiß" kommen für diese Beamten, namentlich auch in den älteren Statuten dieses Landes, welche in Pufendorf's Observationen abgedruckt sind, häufig vor. Die Gemeinde-Beamten, aus welchen später die Magistrate hervorgingen, hatten im wesentlichen eine Polizeigewalt zu üben. Der von der Herrschaft eingesetzte Richter richtete nach dem Weichbild-Recht, oder dem Stadtrecht, das von der Herrschaft verliehen war, über alle Einwohner der Stadt, mit Ausnahme der Geistlichkeit, denen nach den Vorschriften des Canonischen Rechts unbedingt Exemtion gebührte. Auch diejenigen Einwohner der Stadt (Bürger, burgenses), welche ritterlich waren, waren nicht ausgeschlossen, wenn solches auch hinsichtlich der Dienstmannen häufig der Fall und diese einem bestimmten Hofbeamten unterworfen sein mochten. Wo innerhalb der Stadtmauer ein District sich als immunitas, Freiheit, (herrschaftlicher oder geistlicher Grund und Boden) erhalten hatte, blieben dessen Bewohner von der ordentlichen Gerichtsbarkeit in der Stadt befreit.

cf. Eichhorn, Ueber den Ursprung der städtischen Verfassung in Deutschland in den beiden ersten Bänden der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft.

Die Exemtion von der Gerichtsbarkeit des herrschaftlichen Beamten in der Stadt, von dem Vogt oder Schultheißen, begründete auch eine Exemtion von dem Stadtrecht. Der Geistliche wurde nach den Rechten beurtheilt, welche die geistlichen Gerichte befolgten, der Dienstmann nach Hofrecht. Diese Exemtion hinsichtlich des Gerichtsstandes hatte noch weitere Bedeutung, denn die Gemeinschaft des Gerichtsstandes für alle übrigen, nach dem obigen nicht eximirten, Einwohner ist nach deutschen Begriffen das untrüglichste Kennzeichen des Daseins einer Gemeinde,

Eichhorn, Zeitschrift Thl. I. S. 231.

daher in einer Urkunde, aus einer Zeit, welche etwa 100 Jahr jünger ist, als die, in der die Verleihung des Weichbild-Rechts gewöhnlicher wurde, „die Vereinigung aller Einwohner unter ein gemeinschaftliches Recht, die Folge der Unterordnung aller unter ein Gericht," ausdrücklich für „das Characteristische des Stadtrechts" erklärt ist. Eichhorn, l. c. S. 233. — Die Exemten standen daher außerhalb der städtischen Gemeinde.

Nachdem die Städte alle gemeinsamen Angelegenheiten fast ausschließlich in die Hände ihrer selbstgewählten Obrigkeit gebracht, nachdem sie endlich sogar die Voigtei — die Gerichtsbarkeit — vom Landesherrn erworben hatten, gelangten sie, wie

Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte Thl. II. S. 470.

sich ausdrückt „beinahe ganz in die Verhältnisse einer unabhängigen, nur dem Reiche unterworfenen Commüne," indem dem Landesherrn nur die Heerfolge mit der Bede und die Regalien verblieben. Kraft Autonomie-Rechts bildeten sie selbst ihr bürgerliches Recht fort, gaben ergänzende schriftliche Normen, deren Bestätigung als nützlich sie oft bei den Landesherren erwirkten.

Eichhorn l. c. Bd. III. S. 302 ff.

Ob diese Bestätigung erforderlich sei, wurde nach dem Zeugnisse Eichhorn's eben nicht in Frage gestellt, weil sie leicht zu erhalten war. Strube (Rechtl. Bedenken II. S. 491) findet in der Geschichte des Einbecker Statuts einen Beweis für das Erforderniß landesherrlicher Bestätigung.

Von der auf die Stadt übergehenden Gerichtsbarkeit, und folglich nach deutschen Begriffen von der Gemeinde, wurden bei

dem Uebergange manche Personen eximirt. Bei denen, welche gefreites Gebiet (Stiftsfreiheit, Domfreiheit u. s. w.) bewohnten, kann man von einer Exemtion streng genommen nicht sprechen, weil solches Gebiet von der Stadt ausgeschlossen war. Fremde, Juden, Herrschaftliche Diener, soweit diese nicht unmittelbar landesherrlichen Obergerichten unterworfen wurden, kamen unter die Gerichtsbarkeit eines herrschaftlichen Beamten oder Amts. Auch der Ritterbürtige trat nicht unter die städtische Gerichtsbarkeit, und wenn er ein Haus innerhalb der Stadt besaß, suchte er selbst für dieses eine Exemtion zu erwirken, oder er stellte für die Verhältnisse zur Stadtgemeinde einen Reihe- (Riege-) Bürger. Hiernach waren die Gemeinde-Genossen der Botmäßigkeit des Magistrats überall, auch in Beziehung auf die Gerichtsbarkeit unterworfen. Wo die Stadt die letztere nicht erworben hat, also eine fortlaufende Einwirkung landesherrlicher Beamten auf die Verhältnisse der Einwohner blieb, wo der Magistrat selbst nicht Recht sprach, konnte sich eine Stellung der Stadt gar nicht bilden, in der sie privatrechtliche Normen für die Einwohner erließ. Hieraus ergiebt sich, daß und warum diese Normen für diejenigen unverbindlich waren, welche nicht dem Gerichtszwange unterlagen. Aber es ergiebt sich ferner daraus, daß diese Beschränkungen nicht zunächst darauf beruhet haben, daß jene Normen für gewisse Personen nicht als angemessen erschienen, sondern in der Begrenzung der Gewalt der Stadt-Obrigkeit. Sie wurden für Alle erlassen, d. h. für alle, über welche die Gewalt des Magistrats sich erstreckte. Diese Gewalt erstreckte sich auf ein gewisses Gebiet, und traf innerhalb desselben alle, mit Ausnahme der Exemten; die Geschichte lehrt, daß deren Zahl eine geringe war, und daß die Städte einer Vermehrung ihrer Zahl sehr abgeneigt waren, wie z. B. die Stadt Hannover im Jahre 1636 den Herzog Georg bei Errichtung seiner Residenz daselbst auf eine bestimmte Anzahl dort wohnender landesherrlicher Diener zu beschränken strebte. Veränderungen in der Verfassung und Verwaltung der Städte können keinen Einfluß auf die privatrechtlichen Normen haben, welche aus früheren, nicht mehr bestehenden Verhältnissen hervorgegangen waren; wenn solche Veränderungen auch noch so eingreifend sind. So würde z. B.

wenn die Stadt Lübeck einem Landesherrn unterworfen würde, derjenige Theil des Lübeckſchen Rechts beſeitigt werden, welcher ſich auf die öffentliche Stellung einer freien Stadt bezieht, aber die privatrechtlichen Normen jenes Rechts würden beſtehen bleiben, ſelbſt wenn die Stadt ihre Gerichtsbarkeit einbüßen ſollte; denn dieſe hängen nicht von der Fortdauer der Herrſchaft ab, von welcher ſie ausgegangen ſind. Wenn die Stadt Einbeck ihr Autonomie-Recht verlor, wenn ihre Gerichtsbarkeit aufhörte, wenn ſelbſt ihr bisheriger Gemeinde-Verband in neuen Verhältniſſen unterging, auf das für ihre Einwohner geltende Privatrecht war das ohne Einfluß.

Der Umſtand, daß in manchen Statuten, und den dieſelben beſtätigenden landesherrlichen Verordnungen nur von Bürgern die Rede iſt, ſcheint allerdings dahin zu deuten, als handle es ſich um ein beſonderes Verhältniß zum ſtädtiſchen Gemeinde-Verbande, deſſen Aufhören daher auch für die fortdauernde Anwendbarkeit des Statuts von Einfluß ſei. An und für ſich ſcheint es indeß durchaus keine genügende äußere und innere Gründe für ſich zu haben, eine privatrechtliche Norm, wie die Beſtimmung über Succeſſion der Ehegatten, auf ſolche zu beſchränken, welche das Bürgerrecht gewonnen haben, und den meiſten Fällen, wo eine ſolche Beſchränkung Statt findet, wird ein Mißverſtändniß zum Grunde liegen. In ältern Zeiten hießen Bürger, burgenses, alle welche der ſtädtiſchen Obrigkeit unterworfen waren; es dient der Ausdruck häufig nur, um den Gegenſatz gegen diejenigen zu bezeichnen, bei denen dieſes nicht der Fall war. So läßt ſich leicht nachweiſen, daß dieſer Sinn den alten Einbecker Statuten zum Grunde liegt, daher er auch mit Recht in der Beſtätigung vom Jahre 1753 angenommen iſt. Wenn dagegen die Verordnung vom Jahre 1753 die Anwendbarkeit des Statuts auf die dem Gerichtszwang des Magiſtrats unterworfenen Perſonen beſchränkt, ſo ſchließt ſie ſich nur dem an, was für ſolche ſtädtiſche Statute den Rechten entſpricht. Wäre ſie weiter gegangen, ſo würde ſie nicht lediglich ein ſtädtiſches Statut beſtätigt, ſondern ſie würde für die Exemten ein neues Geſetz gegeben haben. Sie beſtätigte ein in der Stadt Einbeck beſtehendes ſtatutariſches Recht, und eximirte diejenigen, welche ſchon bisher deshalb davon eximirt

waren, weil sie der Gewalt, von welcher das Statut ausgegangen, nicht unterlagen. Der Sinn, daß die Fortdauer der Gültigkeit des Statuts von der Fortdauer der Gewalt, von der es ausgegangen war, abhängen solle, kann der Verordnung nicht wohl untergelegt werden.

Wenn von der klagenden Partei im erwähnten Processe für das Aufhören der Anwendbarkeit des Statuts mit der Aufhebung der städtischen Gerichtsbarkeit vieles Gewicht auf eine Entscheidung des höchsten Gerichts gelegt wird, nach welcher in der Stadt Einbeck, seit Errichtung des dortigen K. Amtes, die ästimatorischen Injurien-Klagen ausgeschlossen seien, und zwar dadurch bewiesen werden soll, daß das materielle Recht für die Einwohner zu Einbeck nunmehr denen der Amts-Eingesessenen gleichgestellt sei, so ist darauf zu entgegnen: Die Verordnung vom 3. Mai 1753 und die darauf bezügliche Declaration vom 17. Spt. 1822 ist erlassen für „die der Amts- und Patrimonial-Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen des Bauer- und des gewöhnlichen Handwerker- und Krämer-Standes, so wie die Handels-Juden auf dem platten Lande, und die geringeren Bürger und Einwohner in den der Patrimonial-Gerichtsbarkeit unterworfenen Städten und Flecken;" sie beziehen zunächst das Verfahren in Injurien-Sachen, und bestimmen dann, daß ästimatorische Klagen in Injurien-Sachen unter den benannten Personen von den Gerichten zurückgewiesen werden sollen. In der That greift diese Vorschrift in das materielle Recht ein, wenn gleich sie auch in die neueste Civil-Prozeß-Ordnung aufgenommen ist. Bei den gedachten Verordnungen findet eine Beschränkung auf Personen, je nach den Gerichten, welchen sie unterworfen sind, statt; allein diese Beschränkung bezieht sich nicht auf den Umfang der Befugnisse des Gesetzgebers, sondern steht in materieller Beziehung zu der Vorschrift selbst. Bei diesen waren Cathegorieen von Personen, je nach ihrem Gerichtsstande, von einander geschieden. Die von der Klägerin für sich in Bezug genommene Entscheidung des höchsten Gerichts hat daher einen ganz verschiedenen Fall getroffen; davon abgesehen, daß die Vorschrift über ästimatorische Injurien-Klagen in einem

wesentlichen Zusammenhange mit Bestimmungen über das Verfahren in Injurien-Sachen stand.

Die fernere Frage sodann anlangend: Ist das Statut auf solche Ehegatten anwendbar, welche bis zum 1. Oct. 1848 canzleisässig gewesen? so ist in der Abhandlung im

Magazin f. h. R. Bd. II. Hft. 3. S. 419.

der Satz aufgestellt, den auch in diesem Processe die Klägerin für sich benutzt hat; daß nämlich, wenn eine Veränderung des Gerichtsstandes Einfluß auf das materielle Recht der davon betroffenen Personen haben soll, es natürlich sei, daß die bisher der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen nunmehr dem gemeinen Rechte unterworfen werden.

Indeß scheint richtig nur so argumentirt werden zu können: das Statut ist das in der Stadt Einbeck für deren Bewohner geltende Recht. Es waren aber ausnahmsweise Einzelne diesem Rechte wegen ihres eximirten Gerichtsstandes nicht unterworfen; der Grund dieser Ausnahme (der Beklagte in diesem Proceß sagt: das obwaltende Hinderniß) ist mit Aufhebung der Canzleisässigkeit weggefallen, folglich tritt für diese Personen die in der Stadt Einbeck geltende Regel ein. Im Mittelalter lebten die verschiedenen Classen der Menschen nach verschiedenem Rechte; die Geistlichen, die Ministerialen, die Bürger in den Städten, die Hörigen. Trat Jemand aus der einen Cathegorie in die andere, so war er dem Rechte derjenigen Classe unterworfen, zu welchem er nunmehr gehörte.

Späterhin sind die verschiedenen Classen in der Regel nur nach dem Gerichtsstande, nicht nach dem für sie anwendbaren materiellen Rechte geschieden gewesen. Die Verschiedenheit des Gerichtsstandes ist indessen wieder die Veranlassung geworden, daß eine Verschiedenheit im materiellen Rechte eintrat, nämlich da, wo autonomische Normen in einer Gewalt beruheten, deren wesentlicher Bestandtheil die Gerichtsbarkeit war, die deshalb auch nur solche verpflichteten, welche dieser Gerichtsbarkeit unterworfen waren. Wird der der städtischen Gerichtsbarkeit Unterworfene canzleisässig, so ist er dem autonomischen Personal-Statute der Stadt nicht ferner unterworfen; er tritt in eine andere Cathegorie der Unterthanen, für welche jene

Normen nicht bindend sind. Verliert dagegen ein Canzleisässiger seine Exemtion, so tritt er in die Cathegorie der Unterthanen, für welche jene Normen verbindlich sind. Nun aber befinden sich diejenigen, deren Canzleisässigkeit aufhört, sei es weil die zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse cessiren, oder weil die Canzleisässigkeit gesetzlich beschränkt, oder ganz aufgehoben wird, in der Lage Solcher, die in eine andere Cathegorie der Unterthanen, — der nicht exemten, nicht canzleisässigen eintreten.

Das Aufhören der städtischen Gerichtsbarkeit setzt Niemanden in eine andere Cathegorie der Unterthanen, wohl aber die Aufhebung der Canzleisässigkeit, welche eine ganze Cathegorie beseitigt, und die ihr angehörig gewesenen, die Canzleisässigen, in gleiche Verhältnisse mit denen einer andern Cathegorie, den Nicht-Exemten, bringt. Die ganze Frage scheint keine Schwierigkeiten darzubieten, wenn ein Einzelner seine Canzleisässigkeit verliert, selbst wenn einem Theile der Canzleisässigen die Exemtion entzogen wird; in der That aber passen dieselben Grundsätze, indem alle Canzleisässigkeit aufhört.

Die Parteien haben für ihre verschiedenen Ansichten sich auf die K. Verordnung vom 6. Juni 1828, die Ausdehnung des Statuts auf die Stiftsfreiheit betreffend, berufen, und ihre dahin zielenden Deductionen nehmen einen großen Theil ihrer Schriften ein. Die Klägerin sagt:

„Der Gesetzgeber, welcher es für nöthig gehalten habe, das Statut ausdrücklich auf die Stiftsfreiheit zu erstrecken, nachdem solche der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen worden, habe dadurch ausgesprochen, daß die Unterwerfung von Personen, die bisher unter jener Gerichtsbarkeit nicht gestanden, unter dieselbe, an sich noch nicht die Verbindlichkeit des Statuts beweis't."

Der Beklagte dagegen macht den Ausspruch der Verordnung über die Zweckmäßigkeit einer Gleichstellung der Einwohner desselben Gerichtssprengels für seine Intention geltend.

Beide Parteien sind mit ihren Argumenten im Unrechte; aus der betreffenden Verordnung vom 6. Juni 1828 ist für die vorliegende Frage nichts zu entnehmen.

Die Klägerin hat Unrecht, weil

a. der Gesetzgeber in der That nur über die Stiftsfreiheit, nicht aber über das sonstige Gebiet von Einbeck oder dessen Bewohner etwas disponirt hat und

b. die Stiftsfreiheit ein zwar in der Stadt Einbeck belegenes, aber der Einwirkung der städtischen Obrigkeit entzogenes Gebiet gewesen war. Die erste und regelmäßig alleinige Begrenzung der Gültigkeit der Gesetze ist eine locale; sie findet auch da Statt, wo das Gesetz auf bestimmte Classen von Personen beschränkt ist. Die Erweiterung dieser Classen durch hinzukommendes neues Gebiet bewirkt eine Ausdehnung auf die in demselben wohnenden Personen jener Classe nicht.

Des Beklagten Argumentation ist unerheblich, und selbst unrichtig, weil das Motiv eines Gesetzes wesentlich von der Disposition unterschieden und deshalb der Satz, ubi eadem legis ratio etc. verwerflich ist.

III.

Erörterungen aus dem Meierrechte.

Vom Vicepräsidenten von Düring.

---

1. Ueber die Rechte des Ehemannes an dem ihm zugeheiratheten Meierhofe.

Wie so manches Rechtsverhältniß im Meierrechte bestritten geblieben ist, oder ohne daß man daraus Consequenzen für ähnliche Rechtsverhältnisse ziehen dürfte, da steht, so ist dies insonderheit auch mit den Rechten des Ehemanns an einem Meierwesen der Fall, welches von seiner Ehefrau herstammt, und mit welchem er bemeiert worden. Darüber, daß er dann nicht bloß die Rechte des Ehemanns an der römisch-rechtlichen dos habe, ist man einig; der Umstand, daß die Hofanerbin von Haus aus nur sehr beschränkte Rechte am Meiergute habe, insonderheit daß sie allemal dem Gutsherrn einen Meier stellen muß, und daß deshalb die Uebergabe des Meierwesens an den Ehemann nicht bloß Rechtsverhältnisse zwischen den Eheleuten sondern auch dem Gutsherrn gegenüber bildet, muß den bemeierten Ehemann in eine ganz andere Stellung zum zugebrachten Meierhofe bringen, als zu dem aus andern Gegenständen bestehenden Brautschatze. Aus dieser Stellung zum Hofe sind namentlich die, freilich vielfach wiederum angefochtenen, für einzelne Landestheile aber auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Erscheinungen herzuleiten, daß der aufgeheirathete

Wirth wegen schlechter Wirthschaftsführung vom Gutsherrn abgemeiert und das Gut einem andern Meier übertragen werden kann, ohne daß die Ehefrau, von welcher der Hof herrührt, sich dem soll widersetzen können, daß der Concurs des Ehemannes den Hof, (mit Vorbehalt der Rechte des Gutsherrn) afficirt, ohne daß die Ehefrau ihre früheren Rechte daran geltend machen könnte, ja sogar, daß der Ehemann auch ohne äußern Zwang den Hof inter vivos gültig veräußern kann, ohne daß die Ehefrau, von welcher der Hof herrührt, die Veräußerung umstoßen könnte.

Vergl. u. A. Calenb. Meier-Ordnung de 12. Mai 1773 Cap. 8.
Lüneburg. Verordn. de 1. Jul. 1799 §. 8.
Brem. Unt.-Ger.-Ord. Tit. 12. §. 4.
v. Bülow. u. Hagem. Erört. IV. p. 56 u. 64.
V. p. 168.

Andrerseits wird man den Ehemann auch nicht dergestalt als den einzigen Disponenten hinsichtlich des Meierguts auffassen dürfen, als ob die ursprünglichen Rechte der Ehefrau daran völlig erloschen seien, wenn gleich auch diese Ansicht ihre Vertheidiger gefunden hat. Ohne gerade mit v. Bülow und Hagemann pr. Erört. Bd. IV. pag. 57 das Rechtsverhältniß der Eheleute zu dem Meiergute ausdrücklich und unbedingt als eine **usufructuaria bonorum communio**, unter dem Vorsitze des Ehemanns in den Verfügungsbefugnissen, anzusehen und daraus die weiteren Consequenzen für die beiderseitigen Rechte der Eheleute am Meiergute zu ziehen, — hat doch in neuerer Zeit der erste Senat des O.-A.-Gerichts dem Ehemanne ein, dem im Ganzen gleichkommendes, ausschließliches Dispositionsrecht über das ihm von seiner Ehefrau zugebrachte Meierwesen eingeräumt, jedoch dieses Recht in seiner Totalität und in seinen Folgen nur für die Dauer seiner Wirthschaftsführung angenommen. Insonderheit hat man dem Ehemanne das Recht der Bestimmung des Nachfolgers nicht ohne Weiteres zugestehen wollen, und wo dies ihm, wie solches z. B. in der Calenb. Meier-Ordnung Cap. 5 §. 4 von Einigen gefunden wird, gesetzlich beigelegt ist, da hat man dennoch insofern die ursprünglichen Rechte der Ehefrau berücksichtigen zu müssen geglaubt, als man,

im Falle der aufgeheirathete Ehemann ſich wieder verheirathet hatte, den Kindern der erſten Ehefrau, von welcher der Hof herrührte, bei der Auswahl ein Vorzugsrecht vor denjenigen aus zweiter Ehe zugeſteht. Ebenſo iſt nach dieſen Geſichtspunkten vor Kurzem der nachfolgende Fall im erſten Civil-Senate des Königl. O.-A.-Gerichts entſchieden: Ein gewiſſer Wehrbein zu Aerzen heirathete als Meier zu ſeiner Ehefrau auf deren angeerbte Meierſtelle und verſtarb darauf mit Hinterlaſſung einer Tochter. Die Mutter verheirathete ſich wieder mit einem gewiſſen Schweckendieck, der indeß nur als Interimswirth auf 28 Jahr in den Hof trat, zeugte mit demſelben mehre Kinder und verſtarb ebenfalls. Die Tochter erſter Ehe, welche immittelſt, unter Empfangnahme einer Abfindung aus der Stelle, ſich verheirathet hatte, erhob nach Ablauf der Mahljahre Klage wider den im Hofe ſitzen gebliebenen Interimswirth, indem ſie vermeinte, daß ſie als Tochter des erſten Ehemanns ihrer Mutter, auf den die Stelle als Meier übergegangen, als Anerbin des Hofes zu betrachten ſei. Der Beklagte weigerte ſich der Herausgabe aus verſchiedenen Gründen, namentlich auch weil in der Annahme der Abfindung ein Verzicht liege. Das Obergericht zu Hameln wies die Klägerin aber mit der Klage zurück, weil ſie, ſofern ihr Anerben-Recht aus der Perſon der Mutter herzuleiten ſein ſollte, ein Vorzugsrecht vor den übrigen Kindern derſelben nicht darzulegen vermocht habe (in der Beſtellung des Beklagten als bloßen Interimswirths traf muthmaßlich das Obergericht nur für den nicht eingetretenen Fall eine Beſtimmung zu Gunſten der Klägerin an, daß in zweiter Ehe keine Kinder erfolgen würden) und ſofern es aus der Perſon des Vaters folgen ſollte, daſſelbe zwar an und für ſich begründet und liquide erſcheine, jedoch durch den liquiden und erheblichen Einwand der Abfindung der Klägerin von der Stelle als elidirt zu erachten ſei. Das Obergericht ging alſo evident von der Anſicht aus, daß die Mutter der Klägerin durch die Einbringung des Hofes in die Ehe mit dem Vater der Klägerin, ihre urſprünglichen Rechte am Hofe vollſtändig verloren, dieſe damals gänzlich auf ihren erſten Ehemann, und nach deſſen Tode auf ſeine Tochter, die Klägerin, mit der einzigen Einſchränkung übergegangen ſei, daß der Mutter das

Recht verbleibe, auf gewisse Jahre den Hof einem Interims-wirthe zuzubringen.

Der erste Senat des Königl. O.-A.-Gerichts bestätigte zwar im Erkenntnisse vom 13. Mai d. J. die Verwerfung der Klage, wich aber gerade in der zuletzt hervorgehobenen Beziehung von den Gründen des O.-Gerichts ab. Das Erkenntniß lautet an der einschlagenden Stelle folgendermaßen:

In Erwägung 2. das Erbrecht der Klägerin, Inhalts der Klage und der weiteren Verhandlungen allein von ihrem verstorbenen Vater hergeleitet worden, in dieser Richtung aber entgegensteht, daß die fragliche Meierstelle von der Mutter der Klägerin herrührt, und, nach richtiger Ansicht, durch das Aufheirathen des Vaters der Letzteren und dessen Bemeierung die, durch die Erbfolge begründeten Rechte seiner Ehefrau — wenn sie auch während seiner Bewirthschaftung ganz ruhten, und aus Gründen, welche ihn des Meierrechts verlustig machten, ebenfalls beseitigt werden konnten — sofern letzteres nicht eingetreten, mit seinem Tode wieder in Geltung traten, dergestalt daß der Mutter der Klägerin das Recht einer Anerbin, das Meierrecht mit gutsherrlicher Zustimmung einem zweiten Ehemann zu verschaffen, abermals zustand, und bei ihrem Ableben die Succession in die Stelle durch sie vermittelt wurde; 3. die Mutter der Klägerin auch das ihr hiernach zustehende Recht durch die Vereinbarungen in der Ehestiftung des Beklagten keineswegs aufgegeben, vielmehr ausgeübt hat, indem die gedachte Ehestiftung überall nicht besagt, daß die Stelle nach Ablauf der festgesetzten 28 Jahre an die Klägerin fallen soll; 4. — 5. die Klage auf eine Succession in die Rechte der Mutter der Klägerin nicht einst zu stützen versucht worden; aus allen diesen Gründen die Klage, abgesehn von den ihr entgegengesetzten Einreden als verwerflich sich darstellt, mithin es einer Entscheidung über diese Einreden (des Verzichts durch Annahme der Abfindung) nicht weiter bedarf; so wird die Berufung verworfen.

2. Ueber das Recht der Meiersfrau, nach dem Tode des Meiers in der Verwaltung des Hofs zu bleiben.

Es wird hin und wieder das Recht der Meierfrau, nach dem Ableben des Meiers, auch wenn Kinder vorhanden, die Wirthschaft des Hofes fortzuführen, als eine aus dem Wesen des Meierrechtes abzuleitende Folge dargestellt. Auf diese Weise erklärt namentlich noch v. d. Horst in der juristischen Zeitung, 28. Jahrgang Nr. 5 pag. 66 die häufig vorkommende Fortwirthschaft des Hofs Seitens der Wittwe des Meiers. Von anderer Seite wird diese Erscheinung dagegen mehr als Folge einer vorhandenen Gütergemeinschaft oder, wo diese fehlt, als particulares Gewohnheitsrecht, das folglich allemal erst seines Nachweises bedarf, dargestellt. Die letztere Ansicht ist vor Kurzem in folgendem Rechtsfalle: Wittwe Schröder gegen die Schröder'schen Vormünder, vom 1. Senat des Königl. Ober-Appellationsgerichts gebilligt.

Ein Vollmeier Schröder zu Intschede, Amts Westen, in der Grafschaft Hoya, welcher aus erster Ehe bereits mehre Kinder hatte, schloß bei seiner anderweiten Verheirathung eine Ehestiftung mit seiner zweiten Ehefrau ab, in welcher unter Anderm für den Todesfall verabredet wurde, daß, wenn der zuerst Versterbende keine erbfähige Nachkommen hinterlassen würde, nach der Rechtsregel „Längst Leib längst Gut" der Längstlebende dessen Erbe sein, sonst aber Kindestheil bekommen, außerdem aber zu dem Altentheile, so weit der Nachlaß den Hof betreffe, berechtigt sein solle. Nachdem auch in dieser Ehe noch mehre Kinder gezeugt worden, starb der Hofbesitzer, es wurden für seine Kinder aus beiden Ehen Vormünder bestellt und diese nahmen den Hof in Verwaltung, während die Wittwe nur einen geringen Theil des Hauses und Hofes zu ihrer Benutzung behielt. Später wurde Letztere klagbar wider die Vormundschaft über die Kinder, auf Ueberlassung der Verwaltung des Hofes, indem sie ihr desfallsiges Recht auf die im Meierrechte allgemein, mindestens aber im Hoyaschen herkömmlich begründete Befugniß der Ehefrauen zur Fortbewirthschaftung des Hofes nach des Ehemanns Tode stützte.

Sie unterlag aber mit ihrer Klage so wohl beim Ober-

gerichte zu Nienburg, als beim Ober-Appellationsgerichte zu Celle. Die Entscheidungsgründe des letzteren in seinem Erkenntnisse de publ. 5. Juli 1853 gehen dahin:

„In Erwägung: 1) daß das Recht der Wittwe eines Meiermannes auf Bewirthschaftung und Nutzung des von ihrem Ehemanne nachgelassenen Meierhofes bis zur Volljährigkeit des Anerben aus der Natur des meierrechtlichen Verhältnisses nicht abzuleiten ist, wo es sich aber gegründet findet, entweder locales Gewohnheitsrecht oder particulare eheliche Gütergemeinschaft demselben zur Basis dient, oder endlich es als wahres gesetzliches, durch Privatwillkühr ausschließbares Successionsrecht sich darstellt; 2) ein Gewohnheitsrecht im Amte Westen nicht behauptet ist, auch Spuren einer wahren Gütergemeinschaft in der Grafschft Hoya sich nicht hervorgethan haben, dagegen aber allerdings das beanspruchte Recht der Meiermannswittwe, als Ausfluß eines, in der Grafschaft Hoya gewohnheitsrechtlich geltenden Successions-Rechts von bewährten vaterländischen Schriftstellern und Practikern bezeugt wird; gleichwohl ein solches Successionsrecht im vorliegenden Falle nicht wirksam werden konnte, nachdem in dem, von der Klägerin mit ihrem weil. Ehemanne errichteten Erbvertrage die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen, und für den eingetretenen Fall, daß der zuerst versterbende Ehegatte Descendenten nachlassen würde, dem überlebenden Ehegatten Kindestheil und Altentheil vom Meierhofe zugesichert sind; so wird die Berufung verworfen."

Ob nun in der fraglichen Bestimmung der Ehestiftung die gesetzlichen Erbrechte wirklich haben ausgeschlossen werden sollen, oder ob jene Bestimmung nicht vielmehr allein erst von der Zeit zu verstehen ist, wo der Anerbe zur Antretung des Hofes befähigt sein und es zur Auseinandersetzung der Erbberechtigungen am Hofe kommen werde, das scheint sehr disputabel zu bleiben.

IV.

Einige Bemerkungen über das Retractrecht ex jure gentilitio, insbesondere im Osnabrückschen.

Vom Herrn Stadtsecretair und Obergerichts-Anwalt André zu Osnabrück.

Die Bauerschaft Langen, Amts Quakenbrück, kaufte im Jahre 1847 das Erbe des Colon Kühst zu Langen zu dem Zwecke, um auf demselben eine Schule und eine Wohnung für den Schullehrer zu erbauen. Der Verkäufer hatte minderjährige Kinder und zwei Schwestern: die Katharine Elisabeth Kühst und die Colona Bredekamp zu Langen. Die eine dieser Schwestern — Katharine Elisabeth Kühst — meldete am 27. April 1847 auf erlassene Edictalladung das Näherrecht an und klagte gegen die Bauerschaft Langen am 4. Juli 1847 principaliter aus eigenem Rechte, eventuell im Interesse der Kinder des Veräußerers auf Anerkennung dieses Näherrechts und Ueberlassung des Colonates, wobei sie anführte, daß das fragliche Colonat von ihrem Großvater auf den Vater und von diesem auf dessen Sohn, ihren Bruder, den jetzigen Verkäufer, vererbt sei.

Abgesehen von einigen anderen der Klage opponirten Einwendungen wurde namentlich auch die rechtliche Existenz des Retractrechts ex jure gentilitio für die hiesige Provinz geläugnet.*)

---

*) cf. Struckmann in der juriſt. Zeitung pro 1835 Heft I. S. 127, 147; Ergänzungshefte zur juriſt. Zeitung Nr. 16, S. 20. — Verordnung vom 18. Juli 1743. Cod. Const. Osnabr. I. Abſchnitt 250 Nr. 57 pag. 1140.

Nach verhandelter Sache erkannte das Amtsgericht Quakenbrück unterm 4. October 1848, indem es annahm, daß die Existenz des Retractrechts für das Fürstenthum Osnabrück keineswegs feststehe, dieserhalb auf Beweis dahin:

„daß nach einem im Kirchspiele Badbergen und namentlich auch in der Bauerschaft Langen rechtsbeständigen Herkommen bei Veräußerungen von Bauerngütern die nächsten Anverwandten des Veräußernden, selbst wenn der Veräußernde Kinder hat, das Recht haben, die veräußerten Güter zu retrahiren."

In der Appellations-Instanz gab k. Justiz-Canzlei unterm 23. März 1849 folgendes Erkenntniß ab:

„Wenngleich das behauptete für den in Frage stehenden Bezirk keineswegs feststehende Näherrecht unter anderen Umständen allerdings zum Beweise zu verstellen sein würde, demnach jedoch im vorliegenden Falle auf diesen Beweis es nicht ankommen kann, weil bei der Erbloſung der nähere Erbe dem entfernteren vorgeht und eine Befugniß, den veräußerten Gegenstand zu retrahiren auf Seiten des entfernteren Erben wenigstens so lange nicht angenommen werden kann, als der nähere Erbe von seinem Rechte noch keinen Abstand genommen hat; weil ferner der Bruder der Klägerin, der Verkäufer, eheleibliche Kinder hat, welche offenbar nähere Erben sind als die Klägerin und hierbei der Umstand, daß diese Kinder annoch unter der väterlichen Gewalt des Verkäufers stehen, nichts entscheiden

---

Von den bei Klöntrup Handb. Thl. III. S. 4 citirten Schriftstellern sagt: Mascov in Not. juris Osnabr. pars. IV Cap. 13 §. 10, daß in der Stadt Osnabrück seit alter Zeit der retractus gentilitius gegolten habe;

Lodtmann, Monum. Osnabr. Appendix IV §. 4 enthält aus dem alten osnabrückschen Stadtbuche eine Nachricht über das in der Stadt Osnabrück geltende Näherrecht;

Klöntrup, Gütergemeinschaft Abſch. IV. §. 3 f. enthält die allgemeine Bemerkung, daß in der Stadt Osnabrück das Retractrecht stattfinde;

Gruner, diss. inaug. de retractu jure in re (1757) §. 20 scheint das Retractrecht für das Fürstenthum Osnabrück allgemein anzunehmen und beruft sich dieserhalb namentlich auch auf den Gerichtsgebrauch.

kann, da nöthigen Falls den Kindern ein Curator beizuordnen sein würde, — weil endlich die Klägerin zur Vertretung der Kinder des Verkäufers, ihres Bruders, nicht legitimirt ist,

so wird unter Wiederaufhebung des Erkenntnisses des k. Amtsgerichts vom 30. September v. J. die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen und zur Erstattung der sämmtlichen den Beklagten veranlaßten Kosten schuldig erkannt."

Die Klägerin appellirte hiergegen an das k. Ober-Appellationsgericht, von welchem jedoch folgender Bescheid vom 27. März 1850 erfolgte:

„Da die Erblosung (retractus gentilitius) in der Befugniß des nächsten Erben besteht, in Rücksicht unbeweglicher Güter in ein Statt gehabtes Kaufgeschäft einzutreten, die Klägerin aber selbst anerkennt, daß sie die nächste Erbin des Verkäufers nicht ist, auch die hier vorhandenen näheren Erben, nämlich die Kinder ihres Bruders, des Veräußerers, welche übrigens zu vertreten die Klägerin nicht legitimirt erscheint, keineswegs als weggefallen betrachtet werden können, indem nicht erhellt, daß für dieselben die Erblosung nicht ausgeübt werden könne oder solle,

so wird die Appellation der Klägerin verworfen und letztere in die Kosten dieser Instanz verurtheilt."

Es ist hierdurch die Frage entschieden, ob die Einrede des Beklagten bei der Retractklage, daß noch nähere Verwandte des Veräußerers vorhanden seien, eine unzulässige exceptio de jure tertii enthalte. Die ergangene Entscheidung ist aber um so wichtiger, weil in Folge einer erneuerten Klage der Catharine Elis. Kühst eine fernere Entscheidung des O.-A.-G. über die Frage erfolgte, wie es bei dem in der ersten Entscheidung enthaltenen Grundsatze mit der Verjährung der Retractklage für die entfernteren Verwandten zu halten sei. Zugleich ergiebt dieser Proceß noch einiges Material für die Frage, ob auf dem platten Lande im Fürstenthume Osnabrück das Näherrecht rechtlich begründet ist.

Als nach Beendigung des ersten Processes die Bauerschaft Langen in dem Besitze des Kühstschen Colonats sich noch nicht gesichert sah, beantragte sie selbst unterm 7. Mai 1850 die Anordnung eines Specialcurators für die Kühstschen Kinder, um

die Frage zu erledigen, ob für dieſe das Colonat retrahirt werden ſolle. Die angeordneten Curatoren erklärten unterm 7. September 1850, daß die Kühſtſchen Kinder auf Geltendmachung des Retractrechtes verzichteten. Hierauf ſtellte die Cath. Eliſ. Kühſt am 15. September 1850 eine neue Retractklage an. Nach Erledigung eines Incidentſtreites über die Vertretung der beklagten Gemeinde durch die früheren Syndiken erfolgte am 30. September 1851 vom k. Amtsgerichte Quakenbrück ein der Klägerin ungünſtiges Erkenntniß. Dieſelbe wurde wegen Verjährung der Retractklage unter Verurtheilung in die Koſten abgewieſen. Die Klägerin appellirte hiergegen an k. Juſtiz-Canzlei und producirte dabei zur näheren Begründung des Retractrechtes im Allgemeinen zwei Erkenntniſſe vom Jahre 1807.*)

Von k. Juſtiz-Canzlei erfolgte auf die eingewandte Appellation am 5. Mai 1852 folgendes Erkenntniß:

„Demnach 1) bei der Erbloſung zwar der entferntere Verwandte zur Durchführung ſeines Näherrechts nur gelangen wird, wenn der nähere Verwandte daſſelbe nicht in Anſpruch nimmt, zur Geltendmachung der etwaigen contractlichen Anſprüche jedoch auch dem entfernteren Verwandten nur eine gleiche Friſt läuft,

*) Das eine dieſer beiden Erkenntniſſe iſt am 24. November 1807 von der vormaligen Land- und Juſtiz-Canzlei in Sachen des Organiſten Ellerbrock Klägers, wider die Wittwe Meyers modo Ortlands abgegeben und erkennt die provinzielle Gültigkeit des Retracts ausdrücklich an, indem es in den Entſcheidungsgründen heißt:

„Da die Zuläſſigkeit des Retracts ex jure gentilitio aut consanguinitatis hier im Lande außer Zweifel iſt u. ſ. w.“

Das zweite Erkenntniß bezieht ſich auf eine von der Käuferin des retrahirten Hofes gegen den Verkäufer angeſtellte Klage auf Rückzahlung der dieſem bereits auf den Kaufpreis bezahlten Summe und hat nur inſofern für die vorliegende Frage Bedeutung, weil dabei die geſchehene Ausübung des Retractrechts zum Grunde liegt. Es iſt am 2. October 1810 vor dem Tribunal erſter Inſtanz zu Osnabrück in Sachen der Wittwe Meyer Colona Ortland im Wohlde Kirchſpiels Badbergen, Klägerin wider den Advocaten Holling zu Berge, Beklagten erlaſſen und ſteht mit dem erſtgedachten Urtheile in Verbindung, da es ſich auf denſelben Rechtsfall bezieht.

wie dem näheren, indem das Recht jenes keineswegs erst dann beginnt, wenn das Recht dieses erloschen ist;

2) bei solcher Lage der Sache aber, da der entferntere Verwandte eine Erklärung des näheren, ob er sein Recht geltend machen wolle, nicht erzwingen kann, der entferntere Verwandte allerdings wohl berechtigt erscheint, sein Recht gerichtlich zu verfolgen und es dem näheren Verwandten überlassen bleiben muß, zu solchem Rechtsstreite zu interveniren, daher

3) die Klägerin zur Anstellung der bereits am 4. Juli 1847, also noch vor Ablauf der deutschrechtlichen Verjährungsfrist von Jahr und Tag angestellten Klage, auch schon zu jener Zeit befugt war, obgleich die zum Retracte näher berechtigten Erben derzeit weder hinweggefallen waren, noch von ihrem Rechte Abstand genommen hatten, in Uebereinstimmung mit diesen Gründen aber

4), wenngleich jener mit der Klage vom 4. Juli 1847 beginnende Rechtsstreit zu Ungunsten der Klägerin entschieden ist, dennoch aus der derzeitigen Geltendmachung ihrer Ansprüche, soviel zu Gunsten der Klägerin zu entnehmen ist, daß der Lauf der erlöschenden Verjährung unterbrochen worden und aus dieser Rücksicht die in dem neuerdings erhobenen Rechtsstreite beklagtischer Seits opponirte Einrede der Verjährung für unbegründet zu erkennen ist;

Demnach ferner 5), indem auch die übrigen der Klage entgegengestellten Einreden für erheblich nicht zu halten sind, nunmehr das Fundament der Klage selbst zu prüfen ist, die Klage aber, wenn zwar aus der Verordnung vom 18. Juli 1743 und dem in der Appellations-Instanz erst in einfacher Abschrift producirten Erkenntnisse der Justiz-Canzlei vom Jahre 1807 eine erhebliche Unterstützung für die klägerischen Behauptungen genommen werden mag, und der Klägerin es vorbehalten sein muß, auf jene gesetzliche Vorschrift resp. gerichtliche Entscheidung in der Beweis-Instanz fernerweit sich zu beziehen, dennoch ohne eine nähere Nachweisung das behauptete Recht für begründet nicht erachtet werden kann,

so wird unter Wiederaufhebung der gravirlichen Entscheidung und unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz, auch unter Aussetzung der Entscheidung über

die Kosten der ersten Instanz der Klägerin aufgegeben, innerhalb einer vom Unterrichter zu bestimmenden Frist zu beweisen:

„daß in dem Kirchspiele Badbergen resp. der Bauerschaft Laugen den Verwandten desjenigen, welcher ein von den beiderseitigen Vorfahren erworbenes Gut an einen Dritten verkauft, das Recht zustehe, solches Gut zu retrahiren

und bleibt der beklagtischen Bauerschaft der directe Gegenbeweis vorbehalten."

Diese Entscheidung weicht von der in dem ersten Processe erfolgten wesentlich ab, indem sie davon ausgeht, daß die Retractklage des entfernteren Verwandten durch die Existenz eines näheren nicht ausgeschlossen werde. Außerdem scheint hier die rechtliche Existenz des Näherrechts günstiger für die Klägerin beurtheilt zu sein, wenngleich allerdings auf Beweis erkannt ist. In der Oberappellations-Instanz wurde jedoch vom Tribunale das Erkenntniß des Amtsgerichts Quakenbrück durch folgenden Bescheid vom 24. Mai 1853 wieder hergestellt:

„Wenngleich die Einrede der Rechtskraft, da die am 4. Juli 1847 erhobene erste Klage nur deshalb zurückgewiesen wurde, weil die Klägerin damals nicht zur Sache legitimirt war, die am 15. September 1850 angestellte, auf den von den Kühstschen Vormündern am 7. September 1850 erklärten Verzicht gestützte, neue Klage nicht zu elidiren vermag,

nachdem jedoch der Kaufcontract, in welchen die Klägerin einzutreten beabsichtigt, im Jahre 1847 geschlossen und die jetzige Klage bei dem vormaligen Amtsgerichte Quakenbrück erst am 15. September 1850, also nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Jahre 6 Wochen und 3 Tagen, mithin zu spät erhoben ist, indem die im Jahre 1847 angestellte Klage, weil die römisch-rechtlichen Grundsätze über Unterbrechung der Verjährung auf diese deutsch-rechtliche Verjährung keine Anwendung leiden, nicht mehr zulässig ist;

die frühere Klage auch von einer nicht zur Sache legitimirten Person angestellt war und ein successives Auftreten mehrerer Retrahenten aus einer Reihe von Verwandten nach abgelaufener Frist mit dem Zweck und Wesen jener gesetzlichen Zeitbeschränkung durchaus unvereinbar erscheint,

so wird das Erkenntniß Unserer vormaligen Justiz-Canzlei zu Osnabrück dahin abgeändert,

daß das Erkenntniß des Amtsgerichts zu Quakenbrück vom 30. September 1851 unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten der vorigen und Compensation der Kosten dieser Instanz wieder herzustellen sei. ꝛc. ꝛc.

Wir schließen mit der Bitte, daß zur näheren Constatirung der Frage, ob im Fürstenthume Osnabrück auf dem platten Lande ein Retractrecht ex jure gentilitio existirt, diejenigen, denen hierüber erfolgte Entscheidungen vorliegen, dieselben mittheilen wollen, da dies bei der Beschaffenheit der vorhandenen Literatur für künftige streitige Fälle von Erheblichkeit sein dürfte.

V.

Enthält die neue hannoversche Gesetzgebung Vorschriften zur Entscheidung der Frage, ob die Klag-Verjährung schon durch die Einreichung der Klag-Anträge, oder durch welchen späteren Akt unterbrochen werde?

Vom Herrn Obergerichtsanwalt Hoppe zu Hameln.

Bekanntlich ist die Frage, durch welchen Proceßakt die Klagenverjährung unterbrochen werde, im gemeinen Rechte durchaus controvers, indem zwar die meisten Rechtslehrer die Unterbrechung erst durch die, durch die Klage veranlaßte, richterliche Ladung des Beklagten eintreten lassen wollen, manche diese Wirkung aber schon an die Klageanstellung d. h. an die Einreichung des Klagelibells knüpfen, einige endlich, namentlich Puchta, zwar die Klageanstellung als den unterbrechenden Akt betrachten, dessen Wirksamkeit indessen von der nachfolgenden Insinuation an den Beklagten abhängig machen wollen.

Welche von diesen Ansichten die meisten Gründe für sich habe, kann hier unerörtert bleiben, da hier nur die Frage gestellt ist, ob unsre neue Proceß-Gesetzgebung in dieser Beziehung Vorschriften enthalte.

Ich glaube diese Frage dahin, daß die Unterbrechung der Klagverjährung lediglich als Folge der Behändigung der Klaganträge (resp. der Citation oder der zu Protokoll gegebenen Klage im amtsgericht-

lichen Verfahren) durch unsere Gesetzgebung hingestellt werde, bejahen zu müssen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Das Gesetz, die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kurzer Verjährungsfristen für dieselben betreffend, vom 22. September 1850. spricht von der Unterbrechung einer bereits begonnenen Verjährung (§. 8) allerdings nur hinsichtlich deren Wirkungen, während über die Gründe, wodurch die Verjährung unterbrochen wird, eine Bestimmung nicht getroffen ist.

Der §. 8 erwähnt aber als einen der Gründe die Erhebung des Rechtsstreits, und ist deshalb bezüglich dieses Grundes zu untersuchen, was unsere Proceßgesetze unter „Erhebung des Rechtsstreits" verstehen.*)

Der Begriff, „Erhebung des Rechtsstreits", oder was gleichbedeutend ist, „Erhebung der Klage" nach unsern Proceßgesetzen ist von dem Herrn Ober-Gerichts-Vicedirector v. Bobers in dieser Zeitschrift, Band III. Heft I. pag. 110 ff., so klar erörtert, daß es genügen wird, unter Hinweisung darauf, bloß das Resultat dahin auszusprechen, daß die die Erhebung der Klage bedingende Handlung erst die mündliche Verhandlung der Sache ist, während alle dieser vorhergehenden Handlungen des Klägers lediglich einen vorbereitenden Charakter, dagegen selbständige rechtliche Bedeutung gar nicht haben.

Hiernach würde selbstredend eine Unterbrechung der Verjährung erst dann als eingetreten zu betrachten sein, nachdem die mündliche Verhandlung der Klage Seitens des Klägers erfolgt wäre, wenn nicht etwa besondere Bestimmungen der bürgerlichen Proceßordnung eine solche Folge schon an frühere Akte geknüpft haben sollten.

*) Es scheint uns doch einigermaßen gewagt, aus der beiläufig im §. 8 cit. geschehenen Erwähnung der Erhebung des Rechtsstreits als eines Grundes der Unterbrechung der Verjährung die Absicht des Gesetzgebers entnehmen zu wollen, unter Beseitigung der desfallsigen früheren Controverse, es festzustellen, daß der Zeitpunkt, an welchem nach den jedesmaligen Proceßgesetzen die Klage als erhoben anzusehen sein soll, auch der für die Unterbrechung der Verjährung maßgebende sein solle. Red.

Daß der §. 190 der Proceßordnung dies insofern gethan, als er schon der Behändigung der Klageanträge diese Wirkung beigelegt hat, scheint mir deutlich aus dem letzten Absatze desselben:

> „Daneben werden sämmtliche nach den bestehenden Rechten mit dem Zeitpunkte der Litiscontestation verknüpften, das Rechtsverhältniß selbst betreffende Wirkungen auf den Zeitpunkt der Behändigung der Klageanträge übertragen"

hervorzugehen, weil nach positivem gemeinem Rechte eben die Litiscontestation der die Verjährung unterbrechende Akt ist, indem die Eingangs bezeichneten drei verschiedenen Meinungen darüber, wodurch nach gemeinem Rechte die Verjährung unterbrochen werde, lediglich darauf ausgehen, von den mehreren Akten, welche nach dem späteren gemeinen Proceß an die Stelle der alten Litiscontestation getreten sind, einen als paßliches Surrogat insofern herauszuheben, daß daran die Wirkungen der L. C. selbst geknüpft werden könnten.

2. Verstärkt wird die von mir aufgestellte Behauptung noch durch den Inhalt des §. 668 der Proceßordnung. Hier, wo von dem Einflusse der bürgerlichen Proceßordnung auf das in einigen Landestheilen bestehende preußische Recht gehandelt wird, heißt es sub 2.

> „An die Stelle der Klageanmeldung, wodurch die Verjährung durch Nichtgebrauch unterbrochen wird, (Allg. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 551.) tritt die Niederlegung der Klaganträge auf der Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts, bezüglich der an den Amtsrichter zu richtende Antrag."

Daß durch diese Vorschrift für die unter preußischem Rechte stehenden Landestheile bezüglich der Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung etwas Besonderes, von den für die übrigen Landestheile gültigen Vorschriften der Proceßordnung Abweichendes hat bestimmt werden sollen, liegt auf der Hand, und ist auch deshalb mit Fug rückwärts zu schließen, daß für die nicht unter preußischem Rechte stehenden Provinzen nicht schon die Niederlegung der Klageanträge auf der Gerichtsschreiberei, bezüglich der an den Amtsrichter zu stellende Antrag genüge, um die Verjährung zu unterbrechen.

3. Noch deutlicher wird dies endlich durch die im offenbaren Zusammenhange mit den §§. 190 und 668 der Proceß-Ordnung stehende Vorschrift des §. 4 des Gesetzes vom 27. Juli 1852, die Anordnung eines Mahnverfahrens betreffend.

Dieser Paragraph a linea 3 lautet:

„Durch die Behändigung des Zahlungsbefehls in den Landestheilen des gemeinen Rechts, durch den schriftlich oder mündlich auf Erlassung des Zahlungsbefehls gerichteten Antrag in den Landestheilen des preußischen Rechts, wird der Lauf der Verjährung unterbrochen."

Wenn schon an sich nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber eine, durch gar keine innere Gründe bedingte Verschiedenheit der Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung für das Mahnverfahren und das ordentliche Proceßverfahren habe herbeiführen wollen, so giebt auch das ständische Erwiederungsschreiben bezüglich des §. 4. des Gesetzes über das Mahnverfahren den deutlichsten Beleg dafür, daß das Mahnverfahren und der ordentliche Proceß in der fraglichen Beziehung durchaus im Einklange stehen sollen, denn hier heißt es geradezu:

„Zu dem letzten a linea haben Stände für erforderlich gehalten, wie in der bürgerlichen Proceßordnung §. 668, so auch hier den zwischen dem preußischen Rechte bestehenden Unterschied in Ansehung der Unterbrechung der Verjährung festzuhalten, und zu dem Ende dem letzten a linea eine veränderte Fassung gegeben."

Derselbe Unterschied also — so muß rückwärts geschlossen werden, weil sonst der Unterschied eben nicht derselbe wäre, also nicht der erstrebte Einklang erreicht wäre — derselbe Unterschied, welcher im Mahnverfahren für die Landestheile des gemeinen und die des preußischen Rechts gemacht ist, gilt auch für das ordentliche Proceßverfahren, mithin: in den Landestheilen des gemeinen Rechts wird die Klagverjährung erst durch die Behändigung der Klaganträge unterbrochen; und was von den Klaganträgen gilt, das gilt auch, bei dem Mangel einer Ausnahmebestimmung, im amtsgerichtlichen Ver-

fahren für die Behändigung einer bloßen Citation oder die Mittheilung der zu Protokoll gegebenen Klage an den Beklagten.

Wenn dieser Satz aus dem Vorstehenden sich ergeben hat, so könnte man sagen, es stehe demselben doch nicht entgegen, daß die durch die Behändigung bewirkte Unterbrechung auf die Einreichung der Klageanträge vermöge rückwirkender Kraft zurückdatirt werde, was um so mehr billig sei, als im amtsgerichtlichen Verfahren die Behändigung der Klageanträge durch das Gericht geschehe, so daß dem Kläger selbst jede Einwirkung auf die rechtzeitige Behändigung entzogen sei.

Allein die Billigkeit ist für die richterliche Entscheidung nicht maßgebend, und die Zurückziehung der Unterbrechung der Verjährung von dem Zeitpunkte der Behändigung der Klaganträge auf den der Einreichung derselben ist rechtlich unmöglich, weil auch die Behändigung die dann bereits vollendete Verjährung nicht mehr unterbrechen kann.

Die vorstehend entwickelte Ansicht hat indeß bei dem Amtsgerichte Hameln und in der Berufungsinstanz bei dem dortigen Obergerichte keinen Beifall gefunden, als der Zimmermeister Kropp zu Hameln Klageanträge wegen gelieferten Holzes und geleisteter Zimmerarbeit aus den Jahren 1845 und 1846 gegen den Gastwirth Spengemann als Beklagten am 29. December 1852 eingereicht hatte, die diesem aber erst am 5. Januar 1853 behändigt wurden, und als Beklagter die Einrede der Verjährung auf §. 8 des Verjährungsgesetzes stützte. Die Einrede der Verjährung wurde in beiden Instanzen verworfen, aus den im Erkenntnisse des Obergerichts folgendergestalt gegebenen Gründen:

In Erwägung — — — zwar

5) die durch §. 2 des Gesetzes vom 22. September 1850 vorgeschriebene 2jährige Verjährungsfrist auch im vorliegenden Falle anwendbar erscheint, indem Kläger Zimmermann, folgeweise Gewerbtreibender im Sinne des Gesetzes ist, und die eingeklagte Forderung zu seinem Gewerbe gehörende gelieferte „Waare und Arbeiten" bezielt.

6) jedoch die Entſcheidungsgründe im Urtheil des Amtsgerichts Hameln vom 24. Februar d. J., wonach die Verjährung durch Einbringung der Klaganträge am 29. December 1852, nicht aber durch die Behändigung der Klaganträge am 5. Januar 1853 als unterbrochen betrachtet iſt, ſich als vollkommen zutreffend darſtellen, indem L. 3. Cod. de praescriptione XXX. vel. XL. annorum (7. 39) in den Worten „Quae ergo . . . subsecuto per executorem conventio,“ durch das argumentum e contrario den Satz enthält, daß in einem Falle der vorliegenden Art, wo die Verjährung zwiſchen Anſtellung der Klage und Ladung des Beklagten abläuft, die Anſtellung der unterbrechende Akt iſt, ihre Wirkſamkeit aber durch die nachfolgende Ladung bekräftigt ſein muß.

7) das unter Nr. 6. Geſagte aber weder durch die Vorſchriften der bürgerlichen Proceßordnung, noch durch §. 4 des Geſetzes über das Mahnverfahren vom 27. Juli 1852 eine Abänderung erleidet und im vorliegenden Fall um ſo mehr Platz greifen muß, als nach §. 381 der bürgerlichen Proceß-Ordnung im amtsgerichtlichen Verfahren die Vorladung des Beklagten vom Gerichte verfügt wird und eine Einwirkung des Klägers auf deren ſchleunige Behändigung ausgeſchloſſen iſt.

VI.

Zur Allgemeinen bürgerlichen Proceß-Ordnung vom 8. November 1850.

Mittheilungen der Herren Aud. A. Werenberg zu Lüneburg, Obergerichts-Anwalt Dr. Oppermann zu Nienburg, Obergerichtsrath Dr. Twele zu Dannenberg, und Vice-Präsident von Düring zu Celle.

---

1. Die das materielle Recht berührenden Bestimmungen der allgemeinen Bürgerlichen Proceß-Ordnung.

Der folgende Aufsatz hat sich vorgesetzt, die Bestimmungen der allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung vom 8. November 1850, welche das gemeine Civilrecht berühren, zusammenzustellen. Dieser Bestimmungen können, wie aus dem Zwecke der Proceßordnung hervorgeht, nur wenige sein; indessen gerade deshalb mögen sie sich, durch das weitläufige Gesetz zerstreut, leicht dem Blicke entziehn, weshalb ihre Zusammenstellung, die nachstehend nach den einzelnen Materien geordnet, geschehen soll, nicht ganz überflüssig erscheinen dürfte.

1) Die res judicata mit Bezug auf die expressa causa acquirendi bei dinglichen Klagen.

Ueber die hiermit angedeutete Streitfrage enthält der §. 185 eine Entscheidung. Die Fassung desselben:

> „bei dinglichen Klagen, mit Ausnahme der aus dem Pfandrechte, bedarf es der Angabe des Erwerbsgrundes des dinglichen Rechts nicht, vorbehältlich der Be-

fugniß des Beklagten, im Wege verzögerlicher Einrede diese Angabe zu begehren.“*)

ist bis auf den letzten Satz mit derjenigen des §. 92 der P.-O. von 1847 ganz übereinstimmend, wie denn auch die Regierungsmotive angeben: „Wie der §. 185 den Schlußsatz des §. 92 des P.-O. von 1847 wiederholt, so entspricht auch die Vorschrift des §. 186 dem bestehenden Rechte.“ Der Schlußsatz des erwähnten §. 92 lautet:

„bei den dinglichen Klagen, mit Ausnahme der aus dem Pfandrechte, bedarf es der Angabe des Erwerbsgrundes des dinglichen Rechts nicht; doch ist der Kläger auf Begehren des Beklagten selbigen anzugeben verbunden.“

Es hängt zwar die hier getroffene Bestimmung zunächst mit dem Prozeßrechte zusammen, indem sie die Zweifel, ob eine dingliche Klage, in welcher der Erwerbsgrund des Rechts nicht angegeben, sofort vom Richter angebrachtermaßen abzuweisen sei, beseitigt **), und es für die Substantiirung einer dinglichen Klage als überflüssig erklärt, daß die Entstehung des fraglichen Rechts in der Geschichtserzählung angegeben sei ***); allein sie wird auch für das materielle Recht wichtig. Wenn nämlich die Angabe des Erwerbsgrundes nicht zum Klagfundamente der actiones in rem gehört, so hat die Abweisung des Klägers mit einer solchen Klage nothwendig die Wirkung, daß ihm, so oft er auch in Zukunft mit derselben Klage wieder vor Gericht erscheint, die exceptio rei judicatae entgegensteht, deren

*) Es ist eine verzögerliche Einrede, welche „die prozessualische Geltendmachung des Anspruchs“ betrifft, (§. 196) mag sie vorgeschützt werden oder nicht, die Klage ist im einen, wie im andern Falle vollkommen begründet.

**) Bayer, Vorträge über den Civilproceß. 7. Aufl. S. 295 ff.

***) Dagegen auch Savigny System des heutigen römischen Rechts VI., S. 534. — Wenn im §. 185 der P.-O. eine Ausnahme für die Klagen aus dem Pfandrechte gemacht ist, so ist dies eine Ausdehnung der hier schon gemeinrechtlich vorkommenden Nothwendigkeit, den Erwerbsgrund des Pfandrechts, nämlich die Forderung, wenigstens bei den gesetzlichen Pfandrechten, zu beweisen. Puchta, Vorlesungen, I., S. 405.

Folgen er durch immer neue Variationen der Erwerbsgründe nicht entgehen kann. Die allgemein zugelassene Ausnahme, nach welcher man auf einen erst nach Aburtheilung des ersten Prozesses entstandenen Erwerbsgrund (causa superveniens) eine neue Klage gestattet, wird man auch hier anerkennen müssen, weil eben über diesen neuen Erwerbsgrund im frühern Urtheile nicht entschieden werden konnte. Dagegen wird die vielbestrittene andre Ausnahme, die in der Zulassung einer neuen actio in rem für den Fall besteht, wenn in der alten Klage ein Erwerbsgrund ausdrücklich angegeben war (s. g. causa expressa acquirendi) entschieden verworfen werden müssen. Auch die Unterscheidung Savigny's *) zwischen einer absichtslosen Angabe und der „bindenden Erklärung, sich in diesem Rechtsstreite nur allein dieses Grundes bedienen zu wollen," kann nach der hannoverschen P.-O. in der That Nichts ankommen; was einmal nicht zum Klagfundamente gehört, wird auch durch die bindende Erklärung einer oder beider Parteien nicht zu einem solchen gemacht **). Ein derartiges Recht giebt die P.-O. den Parteien in keiner Weise. Für den Kläger hat die Angabe des Erwerbsgrundes, weil sie nicht Theil seines Klagfundaments ist, keine die Kraft des Urtheils verringernde Gewalt; dem Beklagten allerdings kann sie seine Vertheidigung erleichtern und er soll diese Erleichterung auch im Wege einer dilatorischen Einrede sich verschaffen können. Daß dadurch und wenn in Folge davon die Angabe der causa erfolgt, dem Kläger kein größeres Recht erwächst, als er ohne

*) System VI., S. 534. Wenn Savigny auf die Rechtsunsicherheit, welche entsteht, wenn man um etwaigen, durch die Anwendung dieser Grundsätze herbeigeführten Härten auszuweichen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für anwendbar erklärt, so großes Gewicht legt (a. a. O. S. 517) so wird dieselbe, wenn auch nicht extensiv, doch intensiv durch seine Lehre um Nichts geringer.

**) Daß die Parteien im Wege des Vergleiches sonst bedeutungslose Momente als von Einfluß für den Ausgang des Processes erklären und deshalb auch die causa acquirendi zu einem einflußreichen Momente machen können, versteht sich von selbst; der bindenden Erklärung des Klägers, auch wenn der Beklagte sie acceptirt, fehlen aber die Erfordernisse des Vergleichs.

dies haben würde, geht deutlich aus den Worten: „vorbehältlich der Befugniß des Beklagten“ hervor; daß aber diese Befugniß dem Beklagten nur seine Vertheidigung erleichtern soll, folgt aus der Wirkung der verzögerlichen Einreden, dieselben befreien nur von der Einlassung auf die Hauptsache; die Klage ist deshalb nicht angebrachtermaßen abzuweisen, es erfolgt nur die Auflage an den Kläger, behufs Vertheidigungserleichterung des Gegners, die nähere Angabe zu machen.

Nach der P.-O. stellt sich also die Lehre von der expressa causa so:

a) der Kläger giebt den Erwerbsgrund seines dinglichen Rechts an und unterliegt; —

1) er klagt später aus einem andern Erwerbsgrunde, der jedoch zur Zeit des Urtheils schon vorhanden war; — hier steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen *).

2) er klagt später aus einem bei der Urtheilsabgabe schon vorhandenen Erwerbsgrunde, dessen Vorhandensein er jedoch nicht kannte oder dessen Nichtangabe ihm wegen eines zur Restitution berechtigenden andern Grundes unschädlich ist. — Hier ist ihm durch restitutio in integrum gegen die res judicata zu helfen.

---

*) Nach der gängigen, auch im höchsten Landesgerichte adoptirten Ansicht hatte bisher bei dinglichen Klagen der Kläger die Wahl, ob er die causa acquirendi specialis angeben wollte oder nicht. That er Jenes, so konnte er, wenn er unterlag, später mit einer auf eine andere causa specialis gestützten Klagen hervortreten, ohne sich der exceptio rei judicatae auszusetzen. Die P.-O. hat das gedachte Wahlrecht im Allgemeinen anerkannt, und nur das Neue hinzugefügt, daß der Beklagte solle verlangen können, daß der Kläger die causa specialis nachträglich angebe. Sollte man unter diesen Umständen wohl berechtigt sein, anzunehmen, der Gesetzgeber habe mit der im §. 92 enthaltenen, in der entscheidenden Beziehung, sich dem bisherigen Gerichtsgebrauche völlig anschließenden, processualischen Bestimmung die bisher nicht anerkannte Wirkung verbinden wollen, daß auch in dem Falle, wo der Kläger aus freien Stücken seine Klage auf eine causa specialis stützte, der Erhebung der Klage aus einem andern Specialgrunde die exceptio rei judicatae entgegenstehn solle? Wir sind geneigt, dies mindestens für den hervorgehobenen Fall a. 1, zu bezweifeln. Die Red.

3) er klagt später aus einem zur Zeit des Urtheils noch nicht vorhandenen Erwerbsgrunde: hier ist die neue Klage unbedingt zulässig.

b) Der Kläger giebt den Erwerbsgrund seines Rechtes nicht an,

1. der Beklagte verlangt dessen Angabe und verweigert die litiscontestatio: hier giebt das Gericht dem Kläger auf, den Erwerbsgrund zu nennen, worauf der Beklagte sich auf die Hauptsache einlassen muß. Beim Unterliegen des Klägers treten die Fälle unter a ein;

2. kann der Beklagte sich sofort auf die Klage einlassen, wenn er z. B. sein Eigenthum sofort beweisen zu können glaubt. Im Unterliegungsfalle des Klägers wie unter a. —

2) In die dem materiellen Rechte angehörende Lehre von der Beweislast greift die P.-O. durch die Aufstellung einiger Präsumtionen ein. Diese sind theils bloß s. g. praesumtiones juris, theils lassen sie überall einen Gegenbeweis nicht zu. Zur ersten Classe gehören die fast übereinstimmend in den §§. 262, 314 und 323 angenommenen Rechtsvermuthungen über die Größe des durch den Ungehorsam eines Zeugen, bez. eines zur Urkundenedition Verpflichteten herbeigeführten Schadens. Wer seiner allgemein ausgesprochenen Pflicht zum Zeugnisse (§. 251) und als Proceßpartei zur Herausgabe relevanter Urkunden an den Gegner (§. 311) oder auch seiner auf denselben Voraussetzungen, wie die Zeugenpflicht ruhenden Verbindlichkeit (§. 319) zur Edition von Urkunden nicht genügt, begeht dadurch dem Producenten bez. dem die Edition Fordernden gegenüber eine Rechtsverletzung (Quasidelict), derentwegen er jenen zum Schadensersatze verpflichtet ist, die Substantiirung und der Beweis der Größe desselben würde aber eben wegen des Mangels der genauen Kenntniß dessen, was der Zeuge ausgesagt haben würde, oder was die Urkunde enthielte, ganz unmöglich und damit in jedem Falle die Schadensersatzklage illusorisch werden. Dem kömmt nun die Präsumtion zu Hülfe, daß der Zeuge dasjenige, worüber er von der Partei vorgeschlagen ist, vollständig bezeugt haben würde, bez. daß die vorzulegende Urkunde mit dem vom Antragsteller angegebenen Inhalte derselben übereinstimme. Daß diese Präsumtion durch den Beweis

des Gegentheils entkräftet werden kann, ist nicht zu bezweifeln; wäre es die Intention des Gesetzes gewesen, den Gegenbeweis auszuschließen, so würde der Präsumtion der Charakter einer Ungehorsamsstrafe untergelegt sein und daß dies nicht der Fall sein soll, geht namentlich daraus hervor, daß die Schadensersatzklage in eigenen §§. (262, 323) den Ungehorsamsstrafen (in §§. 258, 321) entgegengesetzt ist. Kann daher der auf Schadenersatz in Anspruch Genommene beweisen, daß seine Aussage so wenig relevant oder die Urkunde entweder nicht in seinem Besitze gewesen oder andern Inhalts sei, als der Kläger angegeben, um die gesetzliche Präsumtion in Wirksamkeit zu setzen, so daß derselbe seinen ersten Proceß — in dem der jetzige Beklagte als Zeuge oder als Urkundenbesitzer vorkommt — dennoch ganz oder zum Theil habe verlieren müssen, so ist die Präsumtion elidirt und wegen Mangels eines Schadens oder doch eines Schadens zu diesem Betrage die Klage ganz oder zum Theil abzuweisen. Im letztern Falle ist die Kostencompensation wegen Zuvielforderns um so gerechtfertigter, als nun dargethan ist, daß der Kläger auch im ersten Processe nicht vollständig obgesiegt haben würde. — Eine praesumtio juris et de jure enthält der §. 490, 4 in der Bestimmung, daß im Wechselprocesse derjenige, der auf einem Wechsel seine Unterschrift anerkannt hat, zum Beweise, den Inhalt des über der Unterschrift Stehenden nicht gekannt und genehmigt zu haben, gar nicht zugelassen wird. Dagegen begründet sonst die Agnition der Unterschrift nur eine praesumtio juris für den Inhalt, die durch den Beweis, daß es nicht die Absicht gewesen, durch die Unterschrift den Inhalt zu genehmigen, entkräftet wird. (§. 329 alin. 2.)

3) Die restitutio in integrum wegen dolus.

Bekanntlich wird der dolus von vielen Rechtslehrern um deswillen ganz aus der Reihe der Restitutionsgründe im neuen Rechte gestrichen, weil die actio doli ihre Eigenschaft als actio famosa verloren habe und es deswegen eines subsidiären Rechtsmittels zur Aufhebung des durch den dolus Bewirkten nicht mehr bedürfe *), indem entweder mit der Contractsklage die

*) Puchta, Pandekten §. 102, c. desselben Vorlesungen I., S. 215. Weber, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. 1820, I. S. 214.

Wirkung des dolus beseitigt oder auch mit der directen Klage aus dem dolus Schadenersatz vom dolosen Beschädiger gefordert werden könne. Nun läßt aber der §. 444 in den Nrn. 1—3 die Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse unbedingt wegen Fälschung, Meineids und Betrugs*) zu, beschränkt sie mithin nicht bloß auf den Fall, wo von dem durch seinen dolus zur Erlassung des rechtskräftigen Erkenntnisses Anlaß Gebenden mit der selbständigen Klage keine Wiederherstellung des Nachtheils im Wege des Schadenersatzes oder mit der Contractsklage zu erhalten ist. Diese Bestimmung ist zwar lediglich für den Fall des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution gegeben; allein es wird mit vollem Rechte geschlossen werden müssen, daß, wenn überall im einen Falle die Gesetzgebung der materiellen Billigkeit eine Concession macht und an sich zu Recht bestehende Verhältnisse, deren Entstehung aber nur durch dolus herbeigeführt worden, mittelst der Restitution auflösen läßt, dieß auch in allen übrigen Fällen **), ohne ge-

*) d. h. ex capite doli, wie die Regierungs-Motive zu diesem §. in den Worten:

„die drei ersten Fälle setzen voraus, daß das Erkenntniß in Folge eines peinlich strafbaren Betrugs erwirkt ist, und ihre Zulässigkeit ergiebt sich aus dem allgemeinen Grundsatze, daß ein jedes Rechtsgeschäft, welches dem dolus eines der Contrahenten oder eines dritten seine Entstehung verdankt, zwar der Strenge nach gültig ist, durch Hülfe der Restitution aber wieder aufgehoben werden kann," ausdrücklich anerkennen.

**) Ein solcher Fall, der weder einen Meineid, noch eine Fälschung, noch auch einen bereits anhängig gewesenen Proceß, der durch den Betrug eines Dritten verloren gegangen, zur Voraussetzung hat, ist es z. B. wenn einer von mehreren Miterben, etwa nach voraufgehender Edictalladung, im Anmeldungstermine die Erbrechte seiner Miterben anzumelden übernimmt und sich doloser Weise durch Präclusion der Miterben das alleinige Erbrecht erschlichen hat; hier können die Miterben sich gewiß gegen den dolus restituiren lassen. Dahin gehört auch der Fall, daß ein alternativ genannter Miterbe sich einem Vermächtnißnehmer gegenüber für den alleinigen Erben ausgiebt und als solchen auf die ganze Schuld verklagen läßt, nachher aber dieselbe zu bezahlen außer Stande ist. Durch die Ausübung der Wahl ist das Recht des Legatars, den zweiten Erben zu belangen, aufgehoben, denn nur einer von beiden Erben ist

gen die Consequenz zu verstoßen, nicht verabsäumt werden darf und daher ist nach Analogie des §. 444 der P.=O. für das in Hannover geltende materielle Recht der dolus in die Reihe der Restitutionsgründe zu zählen *).

4) Insofern das possessorium summariissimum, einer ausgedehnten Praxis nach, als besonderes Klagmittel mit dem bestimmten materiellen Erfordernisse der letzten fehlerfreien Besitzhandlung dient, ist seine Aufhebung als solches und die Wiedereinreihung desselben in die Kategorie der bloßen provisorischen Maßregeln hier kurz zu erwähnen (§. 507). Einer eben so kurzen Erwähnung bedarf die Bestimmung des §. 391, worin außer der Beseitigung der ästimatorischen Injurienklage, zugleich ausgesprochen ist, daß eine Civilklage wegen Injurien niemals öffentliche Strafe zum Gegenstande haben kann, wie dieß übrigens schon vor Wirksamwerdung der Proceßordnung das K. Ober=Appellationsgericht erkannt hatte **).

Aus dem Obligationen=Rechte ferner enthalten die Be=

---

ihm das Legat schuldig. Er würde also durch den dolus des einen Erben Nichts bekommen, da ihm wegen dessen Vermögensinsuffizienz die Schadensersatzklage oder die actio doli Nichts helfen könnte; deshalb wird ihm die Ausübung der Wahl=Restitution gewährt. Dieser Fall liegt in l. 18 D. de interrog. in jure (11, 1): qui ex parte dimidia heres erat, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare possit, respondit, se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an superiore rescisso judicio (— eigentlich wird nicht das judicium, sondern die causa desselben, nämlich die Wahl unter den mehreren oder die des falschen Onerirten, aufgehoben —) in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso judicio posse agi, idque est verum.

*) Es wird dies als ein Satz des Juristenrechts (Puchta, Pandekten §. 16, a. E. unter 2) gelten müssen. — Für die Materie von der Restitution ist außerdem die Bestimmung des §. 628 wichtig, wonach ein Anspruch an die Concursmasse nach Abhaltung des zur Vorlegung des Distributionsplans angesetzten Termins selbst durch Restitution nicht mehr zu realisiren ist, weil hier der Andern zuzufügende Nachtheil für größer angenommen wird, als der dem Restituenden zu gewährende Vortheil sein würde. Puchta a. a. O. §. 107, 1.

**) S. diese Zeitschr. Bd. I., S. 174 ff.

ſtimmungen des §. 655, wonach das beneficium competentiae nur demjenigen Schuldner, welcher bonis cedirt hat, zuſteht, und des §. 609, daß im Concurſe Nachlaß- und Stundungsverträge nicht durch die bloße Majorität der Gläubiger erzwungen werden können, nur die Beſtätigung bekannter, jetzt wenig mehr controverſer Sätze des gemeinen Rechts, von denen namentlich der letzte auch ſchon im Präjudiz vom 26. Januar 1841, IX. ausgeſprochen lag. Wichtiger ſind die Vorſchriften des §. 342 über die Beweiskraft der Schuldſcheine und Quittungen. Letztere ſollen nach der bekannten Vorſchrift der l. 14 §. 2 C. de non numer. pec. (4, 30) erſt nach Ablauf von 30 Tagen beweiſende Kraft haben; ob ſie dann aber den Gegenbeweis ausſchließen, iſt beſtritten. Die P.-O. erkennt ihnen ſofort nach ihrer Ausſtellung die Beweiskraft zu, vorbehältlich des Gegenbeweiſes, der indeſſen hier ſo wenig, wie ſonſt, durch Eidesdelation geführt werden kann *). — Was die Schuldſcheine und die beſtrittene Lehre von der querela und exceptio non numeratae pecuniae vel dotis anlangt, ſo hält die P.-O. zuvörderſt daran feſt, daß durch die Ausſtellung der Urkunde nicht eine neue causa debendi gewonnen, ſondern nur der Beweis eines Darlehns, bez. einer Dotalforderung erbracht werde; deshalb die Stellung dieſer Materie in den Abſchnitt über den Urkundenbeweis. Daraus ergiebt ſich denn mit Nothwendigkeit die Entſcheidung der Frage, ob gegen die nach Ablauf der Exceptionsfriſt — welche das Geſetz anſtatt der gemeinrechtlichen 2 Jahre auf 30 Tage von Zeit der Ausſtellung des Scheins, bez. der Eingehung der Ehe feſtgeſetzt hat — gewonnene Beweiskraft der Urkunde Gegenbeweis zuläſſig iſt. Der Satz 3 des §. 342 geſtattet denn auch den Gegenbeweis und mit noch deutlicheren Worten der §. 146 der P.-O. von 1847, welchem der §. 342 nur nachgebildet iſt, indem er ſagt:

*) §. 292 alin. 2 und l. 14 §. 3 C. h. t. illo videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec jusjurandum offerre liceat, welche auch nur ſagt, daß gegen den Inhalt einer beweiſenden Quittung keine Eidesdelation zuläſſig iſt.

„Auch nach dem Ablaufe dieser Zeiträume steht es dem Ausſteller frei, den durch die Urkunde erbrachten Beweis durch Gegenbeweis zu entkräften."

Ferner ſoll nach §. 342 Abſ. 4 und Abſ. 2 nur die Klage auf Herausgabe des Schuldſcheins oder der Antrag auf Mortification deſſelben, nicht eine bloße Proteſtation den Ablauf der Friſt hemmen, und damit die Beweiskraft des Schuldſcheins hinausſchieben können *) und ein Verzicht auf die Einrede, die übrigens eigentlich nur ein Ableugnen des Klaggrundes, keine Einrede enthält**), in der Urkunde ſelbſt gänzlich wirkungslos ſein***); nur durch das in den Schuldſchein aufgenommene ausdrückliche Bekenntniß, das Darlehn zu einer, in der Vergangenheit liegenden Zeit wirklich ausbezahlt erhalten zu haben, wird dem Einwande der Nichtzahlung vorgebeugt. Es wird alſo eine Cautel der Gläubiger ſein, ehe ſie den Schuldſchein unterſchreiben laſſen, das Geld hinzugeben und nachdem der Zeitmoment, wann dieß geſchehe, der begreiflicher Weiſe nur um wenige Minuten der Unterſchrift vorherzugehn braucht, nach Datum, Stunde u. ſ. f. in die Urkunde geſetzt iſt, die Unterſchrift des Schuldners zu erwirken †).

A. Werenberg.

---

*) Vgl. Puchta, Pandekten §. 305.

**) Vgl. Vangerow, Leitfaden I. Bd. Anm. zu §. 167. 3. Aufl. S. 195.

***) Dagegen Puchta, Vorleſungen über das heut. röm. Recht Bd. II., S. 151.

†) Es wäre an dieſer Stelle der P.-O. der vielleicht nicht unpaſſende Ort geweſen, die Controverſe, ob der Schuldner vom Gläubiger eine Quittung, namentlich auch durch Klage, fordern kann, zu entſcheiden. Die Frage muß juriſtiſch durchaus verneint werden, da Niemand für die Beweismittel eines Dritten zu ſorgen braucht, und die l. 18 C. de solut. (4, 20) in den Worten: non aliter debitum vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint praefatam testium probationem, nur einen Rath ertheilt. Dagegen mag nicht in Abrede genommen werden, wenn Geſterding im Archiv für civ. Pr. IV., 3, behauptet, daß der Gebrauch, Quittungen zu ertheilen, ſich als heilſam erwieſen habe: ein Gewohnheitsrecht, das ſich in dieſer Beziehung gebildet hätte, wird ſchwerlich nachzuweiſen ſein, und Zweckmäßigkeitsrückſichten ſind keine juriſtiſchen Gründe, ſon-

2. Zu §§. 50—53 der b. P.=O.

Damit im Falle der Verurtheilung der einen Partei in die Kosten des Rechtsstreits die andere Partei wegen dieser Kosten baldthunlichst befriedigt werde, ist im §. 50 der Proceß.=Ordn. ein erleichtertes Verfahren vorgeschrieben. Auf die in der Gerichtsschreiberei niedergelegte Specification setzt das Gericht, nach Prüfung des Gesuchs durch ein Gerichtsmitglied, in berathender Sitzung, den Kostenbetrag fest und erklärt zugleich dies Urtheil nach Ablauf einer Frist von 2 Wochen für vollstreckbar. Nach Ablauf dieser Frist ist sodann auf ferneren Antrag der obsiegenden Partei vom Gerichtsschreiber die Vollstreckungsclausel ohne weiteres unter jenes Urtheil zu vermerken, wofern nicht etwa immittelst, auf Grund der im §. 53 ertheilten Befugniß, von der Gegenpartei Gegenvorstellung eingereicht ist. So einfach nun auch dieser Weg für die obsiegende Partei erscheint, um zur executivischen Beitreibung ihres Anspruchs zu gelangen, so ist derselbe dennoch für das Verfahren bei den Obergerichten, besonders dem Oberappellationsgerichte dann noch immer einigermaßen umständlich, wenn den Secretairen, um die Vollstreckungsclausel zu erlangen, zuvor nachgewiesen werden soll, daß das Kosten=Festsetzungsurtheil nicht bloß dem Anwalte der zur Zahlung verpflichteten Partei, sondern dieser selbst, mag sie noch so entfernt wohnen, behändigt worden.

Da die Secretaire des Ober=Appellationsgerichts auf diesen Nachweis den Anwälten gegenüber bestehen zu müssen glaubten, so vereinigten sich mehre Anwälte zu einer Vorstellung beim Secretariat, in welcher sie darauf antrugen, von dem Verlangen jenes Nachweises abzustehen, und zu dem Ende zunächst das Unzuträgliche des desfallsigen Requisits und daneben zu deduciren bemüht waren, daß das Proceßgesetz nicht nothwendig dahin zu verstehen sei, als ob es jenen Nachweis vor Ausstellung der Vollstreckungsclausel verlange; die §§. 66—80 befähigen den Anwalt zur vollständigen Vertretung der Partei,

---

dern fordern nur die Thätigkeit der Gesetzgebung heraus, die hier um so weniger unnöthig gewesen sein möchte, als die Controverse, wie dem Verf. bekannt, leicht den alleinigen Grund zu einem Processe hergeben kann.

und ein Kosten=Festsetzungsdecret sei zu den im §. 140 erwähnten, der Partei persönlich zu behändigenden richterlichen Verfügungen nicht wohl zu zählen, zumal das wirkliche Urtheil, welches die Verpflichtung der Partei zur Zahlung eigentlich ausspreche, derselben ohnlängst persönlich behändigt worden sei. Das Secretariat nahm Anstand, selbständig auf diese Eingabe zu verfügen, bat vielmehr, unter Darlegung seiner abweichenden Ansicht, das Präsidium des O.=A.=Gerichts, das Secretariat mit weiterer Instruction zu versehn. Hierauf erschien folgende Erwiederung des gedachten Präsidii vom 7. Juli 1853 an den, das Secretariat vertretenden Protonotar Pape, in welcher das Verlangen der Anwälte als mit der P.=Ordnung nicht übereinstimmend und daher unzulässig dargestellt wird:

„Auf die Eingabe des Herrn Protonotars vom 3., mittelst welcher derselbe Uns die, an das Secretariat gelangte Zuschrift einiger Oberapp.=Ger.=Anwälte, in Betreff der Vollstreckungsclauseln zu den Kosten=Feststellungsdecreten, sammt der desfallsigen Aeußerungen der Herren Secretaire zu weiterer Verfügung vorgelegt, erwiedern Wir demselben, daß Uns der Inhalt jener Zuschrift nicht geeignet erscheint, eine Verfügung an das Secretariat erforderlich zu machen oder auch nur zu rechtfertigen, durch welche dasselbe veranlaßt werden würde, seine bisherige Verfahrungsweise in dem angeregten Puncte zu modificiren.

Man kann allerdings den remonstrirenden Anwälten darin Recht geben, daß wenn das Secretariat behuf Beifügung der Vollstreckungsclausel zu den Kosten=Feststellungsdecreten den Nachweis der vorgängigen Behändigung dieser Decrete an die Partei selbst verlangt, dieses einige Umstände, Zeitverluste und Kosten nach sich ziehen wird, die vielleicht nicht in aller Maße durch das Bedürfniß gerechtfertigt erscheinen mögen, wenn man davon ausgeht, daß das die unterliegende Partei in die Kosten erkennende Haupt=Urtheil zur Zeit der Feststellung der Kosten jener Partei bereits persönlich behändigt worden. Dennoch ist nicht wohl abzusehen, wie ein abweichendes Verfahren in dem Proceßgesetze seine Rechtfertigung finden sollte.

Der §. 524 der P.=O. macht dem Secretaire zur Pflicht, bei denjenigen Urtheilen, welche nicht in letzter Instanz ergangen oder aus sonstigen Gründen vollstreckbar sind, die Vollstreckungs=

clausel nur dann hinzuzufügen, wenn feststeht, daß die Berufung bez. der Einspruch (Gegenvorstellung) innerhalb der dazu bestimmten Fristen nicht erhoben oder doch bereits erledigt sei, und jener §. verpflichtet daher die Partei, behuf Nachsuchung um die Vollstreckungsclausel dem Secretair allemal nachzuweisen, daß und wann das betreffende Urtheil nach Vorschrift des §. 140 behändigt worden sei. Da nun nach den §§. 50 u. ff. der P.=O. das Kosten=Festsetzungsurtheil nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer Frist von zwei Wochen — natürlich a die insinuationis berechnet — vollstreckbar sein soll, so kann auch diesem Urtheil die Vollstreckungsclausel durch den Secretair nicht eher beigefügt werden, als ihm dessen Behändigung an die Gegenpartei in Gemäßheit des §. 140, nachgewiesen und er sich, unter Vergleichung der Acten davon überzeugt hat, daß innerhalb zweier Wochen, seit dem Tage der Behändigung, die zahlpflichtige Partei keine Gegenvorstellung gegen die Festsetzung der Kosten erhoben habe. Daß nun aber das über Feststellung der Kosten erfolgende Urtheil ein solches sei, welches nach Vorschrift des §. 140 den Parteien *selbst* eröffnet werden müsse, scheint uns, aus den in den Votis der Herren Secretarien niedergelegten Gründen, unbestreitbar. Das Festsetzungsdecret, insoweit es dazu dienen soll, die Gegenpartei zur Zahlung der Kosten und zwar in dem festgesetzten Betrage anzuhalten, enthält allerdings eine Auflage zu einer Leistung, und zwar hinsichtlich *des Betrags* der Kosten die erste Auflage, dasselbe fällt daher zweifelsohne unter diejenigen Verfügungen, hinsichtlich welcher der erste Absatz des §. 140 cit. die Behändigung an die Partei selbst vorschreibt. Da nun ferner die Ansicht der remonstrirenden Anwälte, daß im §. 140 nur von solchen Verfügungen die Rede sei, welche in öffentlicher Sitzung verkündigt werden, jeder Stütze entbehrt, auch durch die Vorschrift des oben allegirten §. 529 widerlegt wird, so können die Vorschriften der §§. 66—80 der P.=O. hier nicht zur Entscheidung kommen, eben weil sie nur da eine Behändigung an die Anwälte für genügend erklären, wo nicht das Gesetz, wie hier im §. 140, Ausnahmevorschriften enthält.

Aus allen diesen Umständen wird den Anwälten bis dahin, daß etwa im Wege der Gesetzgebung eine veränderte Bestimmung

getroffen sein wird, nichts übrig bleiben, um der hervorgehobenen Belästigung zu entgehen, als im Voraus die Parteien zu disponiren, einen ausgedehnteren Gebrauch von der im §. 141 gegebenen Befugniß zu machen, auf die persönliche Behändigung zu verzichten.

Indem wir es dem Herrn Protonotar überlassen, den remonstrirenden Anwälten von dieser Unserer Eröffnung weitere Kenntniß zu geben, lassen Wir die Uns vorgelegten Actenstücke hieneben zurückgehen."

v. Düring.

---

3. Hat der Richter die Eidesnorm ausdrücklich festzustellen und steht dem Delaten bei deferirtem eventuellen Eide auch dann eine Beschwerde zu, wenn die Eidesnorm, zwar in Uebereinstimmung mit seiner früher abgegebenen Erklärung, aber gegen den Inhalt des Beweisinterlocuts festgesetzt wird?

Vergl. §§. 282— 294, 301.

So bestimmt und deutlich die Vorschrift der §§. 294 und 301 ist, daß der Richter die Norm des Eides, neben einer Bestimmung darüber, ob der Schwörende einen Wahrheitseid zu leisten oder lediglich sein Nichtwissen eidlich zu erhärten habe, festzustellen habe — so viel Fälle des Gegentheils sind mir doch schon von den verschiedensten Gerichten bekannt geworden. Der Aufsatz im vorigen Heft dieser Blätter p. 108 scheint darauf hinzudeuten, daß auch in andern Theilen des Landes ein Stillschweigen des Richters über die von den Parteien gemehmigte Eidesformel, oder ein bloßes Genehmigen an die Stelle des ausdrücklichen Feststellens zu treten pflegt, denn sonst hätte die Frage: wann man eigentlich eine solche Feststellung vor sich habe? gar nicht aufgeworfen werden können. Das ist aber gewiß eine nicht ganz richtige und keineswegs lobenswerthe Praxis. Wenn gleich nämlich die Römer die verschiedensten und willkürlichsten Eidesformeln zuließen, weil sie ja die Eidesdelation zunächst aus dem Gesichtspunct eines Vergleichs an-

sahen und der Autonomie der Parteien gestatteten, den Proceß abhängig zu machen, von welchem Eide sie wollten, so hatte doch schon damals der Zuschiebende nur das Recht, die Fassung vorzuschlagen, der Gegner hatte sich darüber zu erklären, der Richter aber sie festzustellen.

L. 34 §. 5. 8. D. 12. 2.

Savigny, System VII. S. 85.

Das neuere Recht hat indeß dem Richter der Heiligkeit des Eides wegen eine viel größere Befugniß gegeben — er soll von Amts wegen bedacht sein, daß kein Mißbrauch mit dem Eide getrieben werde, daß kein unpassender oder unnützer Eid geschworen werde, er hat daher, mögen die Parteien über die vorgeschlagene Fassung auch gänzlich übereinstimmen, diese dennoch festzusetzen, und zwar in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschrift im §. 282. Auch die Zeit, wann der Richter die Eidesnorm festsetzen soll, ist ausdrücklich bestimmt. Ueber die Fassung des deferirten Eides soll nach Vorschrift des Schlußsatzes des §. 294 stets mit dem Erkenntnisse über das Ergebniß der prinzipalen Beweisführung erkannt werden. Ueber die Festsetzung des nothwendigen Eides bestimmen die Vorschriften der §§. 300 und 301. Ueber die Festsetzung des Schätzungseides bestimmt der §. 303. — Daß der Richter eben so die Norm des Diffessionseides (§. 338) und des Editionseides (§. 313) festzustellen hat, würde, wenn es sich nicht von selbst verstände, aus der Vorschrift des §. 395 Nr. 2 folgen. Es ist mir dabei nur noch folgende Frage aufgestoßen. — Es schiebt der Deferent einen eventuellen Eid nicht in Gemäßheit des Beweisinterlocuts zu, der Delat übersieht dies, oder glaubt, er könne den Eid auch so schwören, genug er erklärt, gegen die Eidesnorm habe er keine Erinnerung, er behält sich indeß seine Erklärung über Annahme oder Ablehnung vor. Im Laufe der versuchten Beweisführung überzeugt sich nun der Delat, daß er den Eid, so wie er deferirt ist, nicht ableisten kann, wenigstens nicht mit ganz gutem Gewissen, daß er ihn aber würde ableisten können, wenn er ganz in Gemäßheit des Beweisinterlocuts ausgeschworen würde. Das Gericht entscheidet jedoch etwa so:

der Beweis wird für verfehlt erkannt, und nunmehr zur

Erklärung des Beklagten über die Annahme oder Zurückschiebung des demselben deferirten und in der Form bereits gebilligten Eide und etwaigem weiteren Verfahren die Sitzung vom — bestimmt.

Ist der Beklagte (Delat) dann, nachdem er den Antrag auf Ergänzung des Urtheils vielleicht vergeblich machte, noch berechtigt, sich in der Berufungsinstanz zu beschweren, daß der Eid nicht in Gemäßheit der Vorschrift des §. 282 festgestellt sei, obgleich er früher erklärt hat, er habe gegen die Norm keine Einwendungen? — Ich glaube diese Frage bejahen zu müssen; ja wenn irgend ein Fall geeignet ist, die Berufung auch während der Berufungsinstanz möglich zu machen, so ist es dieser, weil der §. 361 für etwaige Beschwerden gegen das Ergänzungsurtheil eine selbständige Berufung giebt. Eine Berufung in der Hauptsache ist unzulässig, mit einer solchen kann also die Beschwerde nicht verbunden werden. Daß das Gesetz nun aber dem Verletzten alles Recht abschneiden will, eben weil der Berufungsrichter die Sache schon in Händen hat, und weil er definitiv entscheidet (§. 423), das ist nirgends gesagt. Der Schlußsatz des §. 361 gestattet vielmehr gegen das Urtheil, welches den Antrag auf Ergänzung verwirft, eine *selbständige* Berufung. Ich mache hier auf das Wort *selbständig* aufmerksam, das nothwendig mehr bedeuten muß, als eine *sofortige* Berufung. Dazu kömmt, daß eine selbständige Beschwerde über einen solchen Punct lediglich als einen Nebenpunct betreffend nach §. 425 die Sache der definitiven Entscheidung des Berufungsrichters nicht entzieht, sondern daß die Acten an diesen mit der Entscheidung des höheren Berufungsrichters zurückgelangen.

Obergerichtsanwalt **Dr. Oppermann** zu Nienburg.

4. Zum §. 292 a. E. und 278 a. E. — Wann ist bei durch Sachverständige zu ermittelnden Thatsachen auf nothwendigen Eid zu erkennen und wann ist Eidesdelation zulässig?

Dem Schlußsatze des §. 292 läßt sich leicht die Deutung geben, daß über eine durch Sachverständige „*zu ermittelnde Thatsache*" die *Eidesdelation* insoweit gestattet sei, wie

der §. 278 die Auferlegung eines nothwendigen Eides zulasse, in allen übrigen Fällen aber nicht. In einer Entscheidung des Obergerichts zu Marienburg ist in dieser Weise das Gesetz interpretirt, und mir sind ohnedies verschiedene Fälle bekannt geworden, wo das Gesetz auf gleiche Weise gedeutet ist. Ich muß indeß eine solche Deutung, so nah sie auch zu liegen scheint, nicht nur für eine höchst gefährliche und zu den allergrößten Härten führende, sondern auch für eine unrichtige halten. Gefährlich und zu Härten führend würde die Maßregel deshalb sein, weil sie in einer großen Anzahl von Fällen den Beweisführer willkürlich und ganz ohne Noth eines Beweismittels beraubte, das am leichtesten zum Ziele führt, das seiner ganzen Natur nach zu den ehrenvollsten gehört, weil man Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit des Gegners setzt, ja noch mehr, von der Voraussetzung ausgehet, daß dieser von gleichem Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit des Deferenten beseelt, den Eid zurückschieben werde,

L. 25. §. 1. D. 135.

Savigny, System VII. S. 73.

und das in vielen Fällen gar nicht zu entbehren ist. Da unser Gesetz mit Savigny und sämmtlichen neueren Proceßlehrern von der richtigen Ansicht ausgeht, daß Eideszuschiebungen nicht als ein Nothbehelf zu betrachten sind, und daß der Beweisführer nicht erst die anderen Beweismittel gebrauchen müsse, die ihm vielleicht zu Gebote stehen, sondern anerkennt, daß es ungerecht wäre, ihn darauf zu verweisen und deshalb die Eidesdelation zu versagen (§. 222), so müßte es höchst auffallend sein, wenn dasselbe in allen Fällen, welche nicht über die Bestimmung des Schlußsatzes §. 278 passen, Eidesdelationen ausschließen wollte. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß schon zu dem Schlußsatze des §. 278 ein gesetzgeberisches Bedürfniß in keiner Weise drängte. Deshalb schweigen auch sämmtliche gängige Proceßcompendien über diese Frage, welche nur von Gensler, Commentar Band II. S. 8 und von Sarges, Verfahren mit Sachverständigen p. 108 ziemlich einseitig erörtert ist.

Wenn ein Gesetz, wie es das unsere thut, die übrige Lehre vom Sachverständigen-Beweise nach den besten theoretischen wie practischen Grundsätzen feststellt, so wird der Richter beinah nie

oder sehr selten in die Verlegenheit kommen, auf einen nothwendigen Eid erkennen zu müssen.

Es lassen sich übrigens außer den im Schlußsatze des §. 278 erwähnten sehr wohl Fälle denken, in welchen der Richter ohne alles Bedenken auch auf einen Hülfseid erkennen könnte. Deshalb wäre es gewiß zweckmäßiger gewesen, die Schlußbestimmung des §. 278 fehlte und es wäre gänzlich wie bisher der richterlichen Beurtheilung anheimgegeben, ob ein nothwendiger Eid auferlegt werden sollte oder nicht. Wenn z. B., wie es im Verkehr von Handelsgeschäften, im Verkehr zwischen nah verwandten Handwerkern, Zimmerleuten und Maurern, oder zwischen Schneidern und Tuchhändlern alle Tage vorkömmt, Differenzen über die Qualität einer Waare, einer Arbeit entstehen, worüber Kunstverständige entscheiden müssen, sollte da nicht der einen oder andern Partei ein nothwendiger Eid, wenn solches nach dem Resultate des Gutachtens überall erforderlich, zweckmäßig auferlegt werden können?!

Es hat ein Indigohändler einem Färber bengalischen Indigo verkauft; über die Qualität der Waare entsteht Streit, wird interloquirt, werden Sachverständige abgehört. Das Urtheil der Sachverständigen neigt sich sehr nach einer Seite, allein ein gewissenhafter Richter hält doch dafür, daß noch ein Hülfseid entscheiden müsse. Welches Bedenken würde entgegenstehen, den einen oder andern Theil schwören zu lassen, wäre es von Seiten des Empfängers auch nur ein Eid über nicht anders Wissen?

Faßt man den §. 292 dagegen in der Eingangs erwähnten Weise auf, so ist, wenn auch zwei Sachverständige von dreien sich für bengalischen Indigo entschieden haben, und der Richter dies nicht für genügend hält, es nicht einmal möglich, dem Verkäufer, der seine Waare doch kennen muß, einen Eid darüber zuzuschieben, daß die Waare bengalischer Indigo sei. Denn es kann sich doch sehr leicht so treffen, daß eben der Käufer, weil er im guten Glauben acceptirt, die Waare angebrochen hat u. s. w., den Beweis führen muß, daß der Kläger (Verkäufer) den Contract nicht erfüllt habe. Es ist dies ein Beispiel für hunderte. Tabacke, Kaffee u. s. w., ja die Qualität jeder Waare erregen Differenzen, welche desto häufiger vorkommen,

je belebter der Handelsverkehr ist. Eine einzige derartige Entscheidung, welche den von einem Handelsmanne dem andern über die Qualität deferirten Eid für unzulässig erklärte, wird aber das Vertrauen des handeltreibenden Publicums zu der Gerechtigkeit eben der Gerichte so sehr erschüttern, daß lange Zeiten darüber hinweggehen, ehe es wiederkehrt. Ja, was das übelste ist, der Laie schiebt die Schuld nicht auf die Gesetzgebung, sondern auf den Richter. Das Geschrei nach s. g. Handelsgerichten hat lediglich seinen Grund in einzelnen abnormen Erkenntnissen der Civil-Gerichte in Beziehung auf Handelsangelegenheiten. Wenn es sich zwischen einem Fabrikanten als Verkäufer und einem Kaufmann als Käufer, zwischen einem Kaufmann als Verkäufer und einem Schneider als Käufer darum handelt, ob die verkaufte Waare niederländischen oder sächsischen Fabrikats wäre, und das Gutachten von Sachverständigen irgend Zweifel ließe, warum sollte da nicht ein Hülfseid entscheiden können oder sogar nicht ein deferirter Eid? Wenn Aerzte über Potenz oder Impotenz eines Ehemannes ihr Gutachten gegeben, sollte da nicht noch ein Hülfseid in vielen Fällen angebracht sein, denn wer kann es besser wissen als der Mann selbst, ob er potent oder impotent ist? Aber auch dieser Schlußbestimmung läßt sich, wie ich weiter unten zeigen werde, eine vernünftigere Deutung unterlegen. —

Doch lassen wir die Schlußbestimmung des §. 278, sie wird wenig practisch werden, desto practischer aber die Schlußbestimmung des §. 292, wenn man ihr die obige Bedeutung zulegt. Es braucht dann jedem Schneider, Schuster ꝛc. nur der Beweis auferlegt zu werden, daß der von ihm geforderte Preis für eine Arbeit ein angemessener sei — (und bekanntlich wird über solche Preise nie accordirt) und er verliert das Beweismittel der Eidesdelation, er ist vielleicht dem Urtheil neidischer Concurrenten ausgesetzt u. dgl. m. So wird er beständig gegen den Leugnenden im Nachtheil sein, der der öffentlichen Meinung gegenüber, wenn ihm ein Eid zugeschoben wurde, wie schon die Römer es für modestius erachteten (L. 25. §. 1. D. 13. 5), nicht umhin konnte, den Eid zurückzuschieben. Die Römer gingen bekanntlich viel weiter als wir; sie gestatteten nicht nur einen Eid über Thatsachen, sondern auch über Rechtsverhältnisse, das

Daſein oder Nichtdaſein eines Eigenthums oder Erbrechts, einer Schuldforderung, der väterlichen Gewalt, des Patronatsrechts u. ſ. w.

Savigny, Syſtem VII. S. 60.

während das neuere Recht über Rechtsbegriffe mit Recht keinen Eid zuläßt, weil derſelbe ein Stück Rechtstheorie mit in ſich ſchließen würde, was ſich mit der Heiligkeit eines Eides nicht verträgt. Das jetzige Recht erkennt vielmehr als vorherrſchenden Geſichtspunkt die Heiligkeit des Eides als einer religiöſen Handlung an, und hat deshalb den Zweck, theils dem Meineide vorzubeugen, theils den Mißbrauch zu verhüten, der in der Leiſtung eines unpaſſenden oder unnützen Eides liegen würde.

Savigny l. c. p. 84.

Sollte alſo die Vorſchrift des Schlußſatzes in der That eine Neuerung ſein, ſo könnte dieſelbe doch nur den Zweck haben, Mißbrauch mit dem Eide zu verhüten. Aber ſollte denn in der That irgend ein Mißbrauch damit getrieben ſein, daß bei Thatſachen, über die Sachverſtändige abgehört werden, Eidesdelation gebraucht würde? — Ich wüßte nicht, wie Mißbrauch überall möglich, ich wüßte in einer 17jährigen Praxis keinen einzigen Fall eines ſolchen Mißbrauchs. Man müßte denn ſo weit gehen, und jeden Eid, der über eine Thatſache zugeſchoben wird, von welcher der Delat möglicher Weiſe nichts wiſſen kann, für einen leichtſinnigen, mißbräuchlichen halten, den der Geſetzgeber, den der Richter nicht dulden dürfe. Denn Thatſachen, welche ſo beſchaffen ſind, daß ſie durch Sachverſtändige zu ermitteln, werden *regelmäßig* für den Delaten als Facta aliena zu betrachten ſein, über die er nur mit *Nichtwiſſen* zu ſchwören hat. Nun iſt es aber gänzlich unbedenklich, einen Eid über Nichtwiſſen zuzulaſſen, wenn ſich der Zuſchiebende damit begnügen will, daß durch das bloße Nichtwiſſen des Gegners die Sache entſchieden werde, wenn er alſo ſeine Eidesdelation auf eine Thatſache richtet, die nur mit Nichtwiſſen zu beſchwören iſt. Wenn der Schneider mir einen Eid darüber zuſchiebt, daß ſechs Thaler ein angemeſſener Preis für die Fabrikation eines Fracks ſei, ſo weiß ich nicht, was der Staat im Intereſſe der Religion dagegen haben könnte, wenn

ich schwöre, daß ich nicht wisse, daß dies der Fall sei. In 99 unter 100 Fällen wird aber der Delat einen solchen Eid gar nicht schwören, er wird ihn zurückschieben, und dann kommt der Eid an den rechten Mann, der einen Wahrheitseid schwören kann.

In manchen Fällen ist aber auch der Delat wie Deferent im Stande, einen Wahrheitseid zu schwören, da wo beide Sachkenntniß haben, oder wo sich eine Thatsache, die eigentlich nur durch besondere Technik zu ermitteln, auch durch eigene wiederholte tägliche Erfahrung gewußt werden kann z. B. ob eine Maschine zu dem Zwecke, zu dem sie bestimmt ist, untauglich sei; ob das Wasser, welches über mein Grundstück abgeleitet wird, mir Schaden verursacht. Es kann daher unmöglich Motiv für die Gesetzgebung sein, aus religiösen Gründen derartige Eidesdelationen nicht zuzulassen, denn dann müßte jede Eidesdelation über Facta aliena verboten werden. Höchst gefährlich wäre aber eine solche Bestimmung noch aus einem fernern Grunde, weil es zu tausend Streitigkeiten führen würde, was eine durch Sachverständige zu ermittelnde Thatsache sei. In wie vielen Fällen schwimmt nicht der Character des Sachverständigen mit dem eines Zeugen ganz zusammen? — Mittermeier hat im Archiv für civ. Praxis Band II. p. 119 schon vor einer langen Reihe von Jahren auseinandergesetzt, daß in allen Fällen, wo die Sachverständigen über Thatsachen aussagen müssen, über deren Dasein nur eine mit den zur Auffindung derselben nöthigen Kenntnissen versehene Person entscheiden kann, Sachverständige weiter nichts sind, als Zeugen. Sie bedienen sich wie Zeugen ihrer gesunden Sinne, die zugleich kunstmäßig gewaffnete Sinne sind, um über das Dasein der streitigen Thatsache zu entscheiden. Es sind sachverständige Zeugen, die ganz so wie Zeugen behandelt werden müssen. Daneben kommen freilich auch Sachverständige vor, die nicht den Character von Zeugen, sondern viel eher den Character von Gehülfen des Richters haben, die dem Richter über gewisse Fragen, die nur ein Sachverständiger beantworten kann, oder über technische Meinungen, die für den Richter Bedeutung haben, Antwort geben, die nur zum Zweck

richterlicher Aufklärung dienen. Man müßte also doch jedenfalls immer unterscheiden; sollen Thatsachen bewiesen werden, wozu nur Zeugen mit kunstgeübtem Sinne erforderlich sind, so wird man keinen Grund haben, hier irgend welche andere Zustände eintreten zu lassen, als bei andern Zeugen; der Richter wird je nach dem concreten Falle indeß zu entscheiden haben, ob die Thatsache eben aus dem Grunde, weil Sachkenntniß erforderlich ist, für den Delaten eine fremde ist und danach den Eid anders normiren. Dagegen versteht es sich ganz von selbst, daß da, wo die Sachverständigen den Character von Gehülfen des Richters haben, Eidesdelation nicht ihre Stelle vertreten kann. Das scheint mir auch nur Sinn und Zweck des Schlußsatzes des §. 278 zu sein, der sich nur dunkel ausdrückt, eben weil er an den an sich richtigen Gedanken, daß niemals auf die Richtigkeit der von Sachverständigen gezogenen Schlußfolgerungen ein nothwendiger Eid erkannt werden könne, dadurch verdunkelt, daß er daneben noch eine Ausnahme anführt, während es doch eine größere Anzahl von Ausnahmen giebt. Der Richter hat sich aber bloß an die positive Vorschrift des Gesetzes zu halten, und diese lautet: „ein nothwendiger Eid kann niemals auf die Richtigkeit der von Sachverständigen gezogenen Schlußfolgerung an sich, gerichtet werden.“ Den Nachsatz muß man sich ganz hinweg denken, oder man muß sich neben dem Nachsatze eben noch andere Fälle denken, an welche der Gesetzgeber nicht gedacht hat, die aber durch sein Verbot nicht ausgeschlossen worden.

Sachverständige sagen z. B. aus, daß das körperliche Leiden, welches A. durch die Mißhandlung des B. erlitten hat, ein Schenkelbruch sei. Da sie mit dem bloßen Sinne diese innere Verletzung nicht wahrnehmen können, so sind sie durch eine Reihe von Thatsachen und Schlüssen eben zu diesem Resultate gekommen. Wenn nun der Richter dem Verletzten selbst noch einen Hülfseid auferlegte: „daß er einen Schenkelbruch erlitten“ — würde der Verletzte diesen Eid auf Grund der wissenschaftlichen Schlußfolgerungen des Arztes schwören, würde er die Richtigkeit dieser Folgerungen beschwören, oder würde er eine Thatsache beschwören, die er unmittelbar empfindet? Oder man

denke sich nur, es handelte sich darum, ob A. in Folge der Mißhandlung des B. Bruststiche davon getragen, ob er beständige Schmerzen im Kopfe fühle. Das Gutachten des Arztes kann in solchem Falle eine Menge Wahrscheinlichkeitsschlüsse beibringen, aber eben nicht mehr, soll es nun den Richter verwehrt sein, auf einen Ergänzungseid zu erkennen? Wird der, welcher schwört, auf die Richtigkeit der ärztlichen Schlüsse schwören oder wird er beschwören, was er selbst empfindet? — Dazu kommen alle die Fälle, wo ein gemischter Beweis durch Zeugen und Sachverständige Statt findet. — Ein Uferbesitzer soll beweisen, daß ihm durch die Dampfschifffahrt Schaden geschieht. Er schlägt dazu Zeugen und Sachverständige vor. Die Sachverständigen werden die Höhe und Kraft der Wellen, die das Schiff bei seiner Vorbeifahrt mit voller Kraft erregt, berechnen, und zusammengehalten mit der Dauer der Erschütterung des Wassers, ohne daß sie selbst einen Schaden gesehen, ermitteln können, welchen nachtheiligen Einfluß die Dampfschiffe nothwendig auf die Uferwerke üben müssen. Der Beweisführer hat aber noch andere Beweismittel. Er ist mit einigen Nachbarn viele Tage hindurch, so oft das Dampfschiff passirte, zu seinen Uferwerken gegangen. Hier hat er und seine Zeugen gesehen, wie die durch das Dampfschiff erzeugten Wellen den Grand von seinen Schlachten getrieben, gesehen, wie die Wellen die Pfähle mit denen die Faschinen befestigt, losgerüttelt, gesehen, wie große Menge Faschinen gänzlich weggerissen sind, und wie dadurch das Ufer in höchste Gefahr gekommen. Soll, wenn es sich darum handelt, daß und welcher Schaden verursacht sei, hier der Uferbesitzer nicht einen Ergänzungseid leisten können? Er beschwört dann nicht die Richtigkeit der Schlußfolgerung der Wasserbauverständigen, er beschwört eine Thatsache, die er mit eigenen Augen gesehen, die sein Geldbeutel, als er neue Haken legen mußte, schmerzlich empfunden hat, denn wo er vor der Dampfschifffahrt mit 100 Faschinen aus konnte, braucht er jetzt alle Jahr 500. Genug die Fälle, in welchen ein nothwendiger Eid zur Ergänzung der Aussagen der Sachverständigen zweckmäßig ist, sind zahllos, sie werden überall da hervortreten, wo die Sachverständigen den Character von Zeugen haben, und glaube ich, daß die Schlußbestimmung des §. 278 den Richter

nicht hindern darf, auf einen nothwendigen Eid zu erkennen, in allen Fällen, wo es sich nicht lediglich darum handelt, die Richtigkeit von Schlußfolgerungen zu beschwören.

Schon durch diese Interpretation des §. 278 würde die Vorschrift des §. 292 eine ganz andere Gestalt gewinnen, aber auch ganz abgesehen davon liegt in letzter Vorschrift kein Verbot, sich der Eidesdelation als Beweismittel über einen Thatumstand zu bedienen, der durch Sachverständige eigentlich zu ermitteln gewesen. Ich argumentire folgender Maßen: Es lag durchaus kein gesetzgeberisches Bedürfniß vor, von dem abzugehen, was unser Gesetz, was ein constanter Gerichtsgebrauch, was der gemeinrechtliche Proceß bestimmte. Eine Neuerung würde, wie ich gezeigt habe, durchaus unzweckmäßig sein. Es läßt sich nicht denken, daß die Regierung eine Neuerung von so eingreifender Wirksamkeit ins Leben gerufen hätte, ohne dieselbe auch nur mit einem einzigen Worte zu motiviren. Es fehlt aber bei §. 278 und 292 gänzlich an Regierungsmotiven. Das alles würde bei unzweifelhaftem entgegengesetztem Wortlaut nun aber nicht viel zu bedeuten haben, allein ich glaube nachweisen zu können, daß wenn man sich eben streng an die Worte hält, die Vorschrift gar nicht in jenem beschränkenden Sinne verstanden werden darf. Der §. 222 bestimmt, daß die Eides-Delation kein Nothbehelf sei, daß sie vielmehr wie jedes einzelne Beweismittel zur Hand genommen werden kann. Der Anfang des §. 292 lautet ganz allgemein und bestimmt — „die Eideszuschiebung ist in allen Proceßsachen zulässig." Eine solche allgemeine, decidirte Vorschrift würde ein **nonsens** sein, wenn man daneben gleich eine Ausnahme von solchem Umfange stellen wollte, daß in reichlich der Hälfte aller streitigen Fälle Eidesdelation unzulässig wäre. Der Paragraph setzt vielmehr in seinem zweiten Satze nur zwei durch die Natur der Sache gebotene Ausnahmen, mit einer Ausnahme von der Ausnahme. Dann kommt der Schlußsatz, welcher kein weiteres Verbot, keine weitere Ausnahme enthält, sondern um Zweifel zu vermeiden, die durch den §. 278 angeregt sein könnten, bestimmt: daß die Eidesdelation jedenfalls insoweit über eine durch Sachverständige zu ermittelnde That-

sache erlaubt sei, als §. 278 die Auferlegung eines nothwendigen Eides zulasse. Diese Schlußbestimmung sagt nicht, daß die Eidesdelation in andern Fällen nicht gestattet sei. Wollte sie das sagen, so hätte sie sich deutlicher ausdrücken müssen, so hätte vor dem Worte insoweit ein nur stehen müssen. Das Wort insoweit enthält an und für sich keine Verneinung alles übrigen, sondern nur eine Hinweisung auf einen besonderen Fall. Je nachdem das Wort nur oder auch hinzugesetzt wird, gewinnt es eine entgegengesetzte Bedeutung. Sage ich: die Eidesdelation ist auch insofern gestattet, als beim sachverständigen Beweise auf nothwendigen Eid erkannt werden kann, so bedeutet das, daß man einen speciellen Fall noch als besonders erlaubt hervorhebt, weil man eben auf den Gedanken kommen konnte, er sei unerlaubt. Sage ich dagegen: die Eidesdelation ist nur insofern gestattet, als u. s. w., so hebe ich den bestimmten Fall heraus, in welchem gegen die allgemeine Regel, welche die Eidesdelation nicht gestattet, diese zugelassen ist. Gestattet der Anfang des Paragraphen die Eidesdelation in allen Proceßsachen, bestimmt der zweite Satz eine Ausnahme nebst der Ausnahme von dieser Ausnahme, so mußte der Schlußsatz, wenn er eine weitere Ausnahme von der allgemeinen Regel aussprechen sollte, dies bestimmt und ausdrücklich thun. Er mußte erst wieder die Ausnahme feststellen, daß Eidesdelation bei Thatsachen, die durch Sachverständige zu ermitteln, gleichfalls unzulässig sei und nur gestattet werde im Fall des Schlußsatzes §. 278. Wenn statt dessen bloß eine nochmalige Gestattung ausgesprochen wird, mit einem insoweit, so muß man nothwendig interpretiren, auch insoweit! aber nicht, nur insoweit. Soll der erste Satz des §. 292 nicht eine leere nichtssagende Phrase sein, dann darf man den Schlußsatz nicht als Ausnahme auffassen, sondern als die Hervorhebung eines besondern Falles. Berechtigt dazu nun aber schon der Wortlaut, so berechtigen dazu noch mehr die vorhin angegebenen Gründe, welche die entgegengesetzte Tendenz der Bestimmung als durchaus unzweckmäßig, unpolitisch, gefahrbringend darstellten. Man darf von dem Gesetzgeber viel eher vermuthen, er habe in dem Schlußsatze etwas, was sich eigentlich schon von selbst versteht, wiederholt, also etwas überflüssiges gesagt, als er habe ohne Noth eine

der heilsamsten Bestimmungen unseres bisherigen Proceßverfahrens umstoßen wollen; ohne Noth nicht nur, sondern, so ganz beiläufig, so ganz ohne jedes Motiv. *)

Dr. Oppermann.

---

5. Zum §. 346. Unzulässigkeit sofortiger Berufung bei theilweiser Entscheidung.

Einer der Hauptgründe, welchen man den schleppenden Gang des früheren Proceßverfahrens zuschreiben mußte, lag in dem Umstande, daß der Lauf des Verfahrens bei jeder nicht rein instructorischen Verfügung des Richters, vor dem der Proceß in erster Instanz verhandelt wurde, durch Betretung der Instanz der Rechtsmittel unterbrochen werden durfte und mußte, sollte die Verfügung nicht rechtskräftig werden. Es war in Folge dieser Einrichtung, wie noch in allseitiger Erinnerung sein muß, im alten Verfahren keine Seltenheit, daß ein Rechtsstreit den Weg zwischen dem Richter erster und demjenigen der ferneren Instanz kaum verließ und weit länger in der Instanz der Rechtsmittel versirte, als im eigentlichen Instructionsverfahren. Diesem Unwesen ist nun der Gesetzgeber in unserm neuen Civil-Proceßgesetze aufs Nachdrücklichste entgegenzutreten bestrebt gewesen, und diesem Bestreben verdankt nicht bloß die Einschränkung der Zahl der Instanzen, und das Institut der vorbehaltenen Rechtsmittel, so wie die Vorschrift der §§. 422 und 423 hinsichtlich des Umfangs der vom Berufungsgerichte zu treffenden Entscheidung das Entstehen, sondern auf Rechnung dieses Bestrebens sind noch verschiedene andere Bestimmungen des Civil-Proceßgesetzes und namentlich auch die Vorschriften des §. 346 zu schreiben, dessen Tendenz offenbar und

*) Beim höchsten Landesgerichte ist, so viel uns bekannt geworden, dieser Zweifel noch nicht zur Entscheidung gekommen. Bequemlichkeits-, vielleicht auch Zweckmäßigkeitsrücksichten reden immerhin der Ansicht des Herrn Verfassers dieses Aufsatzes das Wort, einigermaßen gewagt scheint uns aber der Versuch, dieselbe mit den Worten des Gesetzes zu vereinigen. Vergl. auch die Noten von Leonhardt zum §. 292 der B. P.-O. in der 2. Auflage seiner Ausgabe. (S. 150.) Die Red.

unbestritten dahin geht, die verschiedenen Zeitpunkte, an welchen die Thätigkeit des Oberrichters für einen Rechtsstreit in seinen einzelnen Theilen und Beziehungen an und für sich hätte in Anspruch genommen werden müssen, thunlichst auf einen Zeitpunkt zurückzuführen. Gleichwohl ist die Bedeutung dieses Paragraphen in seinen Einzelnheiten und seine Tragweite bereits verschiedentlich für zweifelhaft befunden und auch in der Anwendung nicht gleichmäßig aufgefaßt.*)

I.

Zunächst ist in Frage gekommen, was unter den Eingangsworten dieses Paragraphen „Ist ein und derselbe Anspruch nur theilweise zur Entscheidung reif" zu verstehen sei? namentlich ob hierunter nur diejenigen Fälle haben begriffen werden sollen, wo in dem einen Punkte überall noch keine Entscheidung getroffen werden kann, während die Sache in einem andern Punkte bereits zu irgend einer Entscheidung reif ist?**) Wenn man jedoch berücksichtigt, daß in diesem

*) Der §. 346 lautet im Zusammenhange folgendermaßen: Ist ein und derselbe streitige Anspruch nur theilweise zur Entscheidung reif, sei es in quantitativer Beziehung auf einzelne Theile desselben oder der Nebenforderungen (vergl. jedoch §. 347), sei es hinsichtlich der zur Begründung oder Entkräftung dieses Anspruchs oder dessen Nebenforderungen benutzten verschiedenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, so kann das Gericht, ohne daß hiegegen Rechtsmittel zulässig wären, nach Umständen entweder den spruchreifen Punct sofort entscheiden, oder die Entscheidung desselben bis dahin, daß sämmtliche Puncte zu dieser reif sind, aussetzen. Im ersteren Falle beginnt die Berufungsfrist erst mit der Behändigung desjenigen Urtheils, welches rücksichtlich des ausgesetzten Theils endlich oder durch Auferlegung eines nothwendigen Eides bedingt endlich entscheidet; das Gericht ist jedoch befugt, die frühere Entscheidung ganz oder theilweise für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§. 409).

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch dann, wenn es sich um verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche handelt, analoge Anwendung.

**) Z. B. die klagende Partei ist auf einen Einwand nicht vorbereitet und bittet um einen anderweiten Termin zur Erklärung darüber, während die Entscheidung über die Klage, sei es endlich oder beweisauflegend, präparirt vorliegt und daher erfolgen könnte.

Paragraphen gerade die Nothwendigkeit, abgesondert wegen eines Theils des Rechtsstreits sofort die Berufung zu verfolgen, hat abgestellt werden sollen, weil der Rechtsstreit in einem andern Theile noch nicht so weit präparirt gewesen, so kann man nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber bei jenen Eingangsworten nur solche Entscheidungen im Auge hatte, welche, an sich und den übrigen Bestimmungen des Gesetzes (395) zufolge, einer sofortigen Berufung unterlagen, nicht aber auch solche, die schon nach anderweiten Vorschriften des Gesetzes erst einer spätern Berufung unterzogen werden konnten und durften. Es hat also hier der Gesetzgeber eine Vorschrift für alle die Fälle treffen wollen, wo in einem Punkte der Rechtsstreit zu solchen Entscheidungen spruchreif ist, welche an sich einer sofortigen Berufung unterliegen würden, während in einem andern Punkte entweder noch überall keine oder doch keine solche Entscheidung getroffen werden konnte, die eine sofortige Berufung zuließ. Danach wird hierhin u. A. namentlich auch der Fall zu rechnen sein, wo in Beziehung auf die Klage definitiv stattgebend, hinsichtlich der Einrede aber nur auf Beweis erkannt worden ist, und nunmehr der Beklagte die Entscheidung in beiden Beziehungen im Wege der Berufung zu beseitigen beabsichtigt. Freilich könnte man sich zu der Ansicht hinneigen, daß auf diesen Fall der §. 346 deßhalb nicht berechnet sei, weil nach §. 394 es scheine, als ob der Beklagte verpflichtet sei, seine vorbehaltene Beschwerde hinsichtlich des Beweisinterlocuts mit der sofortigen Berufung hinsichtlich der Entscheidung über die Begründung der Klage ohne weiteren Anstand zu verbinden. Allein nach §. 394 ist von einer Verbindung der vorbehaltenen Berufung mit einer sofort zulässigen Berufung nur dann die Rede, wenn Letztere gegen eine Entscheidung gerichtet ist, die entweder, weil sie den ganzen Rechtsstreit terminirt oder aus sonstigen Gründen im entscheidenden Zusammenhange mit dem Gegenstande der vorbehaltenen Berufung steht, — Voraussetzungen, die auf unsern Fall nicht zutreffen. Hier würde also eine Verbindung der Berufung wider die Entscheidung über die Klage mit der Berufung wider die Entscheidung über die Einrede nur mit Hülfe der Vorschrift des §. 346, also erst später zu erreichen sein, und wird man deßhalb mit

Recht auch für den vorgelegten Fall die Anwendbarkeit des §. 346 annehmen dürfen.

Nach der andern Seite hin könnte man dagegen wohl zweifelhaft werden, ob dem Gesetzgeber nicht bei den im Eingange des §. 346 gebrauchten Worten „zur **Entscheidung** reif" lediglich solche Entscheidungen vorgeschwebt haben, die den betreffenden Punkt endlich oder doch nach einem nothwendigen Eide bedingt endlich entscheiden, so daß auch in den Fällen, wo hinsichtlich des einen Theils des Rechtsstreits eine nicht endliche Entscheidung, welche jedoch einer sofortigen Berufung an sich unterliegen würde, z. B. die Feststellung eines Schieds-Eides, gleichzeitig spruchreif wird mit einer endlichen Entscheidung hinsichtlich eines andern Theils des Rechtsstreits, die Berufung wider die Letztere bis dahin zu suspendiren sein würde, bis auch hinsichtlich des ersten Theils eine endliche Entscheidung reif sein würde. Für diese Ansicht spricht der Umstand, daß überhaupt in dem in Frage befangenen 3. Abschnitt (Th. 2 tit. 1) zunächst nur von endlichen Entscheidungen die Rede ist, (eine Anordnung, die freilich nicht ganz consequent durchgeführt wird, namentlich nicht in den Vorschriften über Abstimmungen, §. 348 ff., und über Abänderung der Urtheile §. 359 ff.) noch mehr aber der Umstand, daß nach dem späteren Inhalte des §. 346 der Gesetzgeber die sofort spruchreifen Punkte erst dann als reif zur Berufung erklärt, wenn die bis dahin nicht spruchreifen Punkte endlich oder nach einem nothwendigen Eide bedingt endlich entschieden werden konnten, und damit a posteriore gewissermaßen eine Erklärung abgiebt, was er in diesem §. unter „reif zur Entscheidung" verstanden wissen will.

Allein die Resultate einer solchen Ansicht würden zu eigenthümlich sein, als daß man mit Fug ihr folgen dürfte, während die Wortfassung dies nicht nöthig macht. Man würde nach dieser Ansicht dahin kommen, in dem Falle, wo die endliche Entscheidung über die Klage zu Gunsten des Klägers abgegeben, hinsichtlich der Einrede aber ein Schiedseid festgestellt ist, zwar eine sofortige Berufung über den letzten Punkt, nicht aber eine solche auch gleichzeitig über den ersten zuzulassen, wofern der Beklagte sich in beiden Beziehungen beschweren wollte; man würde in diesem Falle die Berufung wider die gleich Anfangs

reife und abgegebene Entscheidung hinsichtlich der Klage erst dann zulassen dürfen, wenn die Berufung hinsichtlich des Schiedseids in Betreff der Einreden erledigt, wenn der Eid geleistet und die purificatoria behändigt worden. Dieses wunderbare Resultat konnte nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen*).

Man thut daher gewiß am richtigsten, wenn man die Eingangsworte des §. 346 „zur Entscheidung reif", in einem Sinne auffaßt, danach die Vorschriften des §. 346 dann Platz greifen sollen, wenn der Rechtsstreit hinsichtlich eines Theils zu einer Entscheidung reif ist, die einer sofortigen Berufung unterzogen werden kann, während hinsichtlich eines andern Theils der Rechtsstreit entweder noch überall nicht zur Entscheidung oder doch nicht zu einer solchen Entscheidung reif ist, die einer sofortigen Berufung unterzogen werden kann. In diesem Sinne hat sich auch der 2. Senat des K. O.-App.-Gerichts in Sachen Kriete c. Kriete am 5. Juli d. J. ausgesprochen. Hier war vom Gerichte erster Instanz hinsichtlich der Klagforderungen und der Gegenforderungen auf Beweis erkannt; der Kläger hatte den Hauptbeweis durch Zeugen und Urkunden angetreten, dagegen hatte der Beklagte hinsichtlich zweier Gegenforderungen die Eidesdelation zur Hand genommen und das Gericht hatte diesen Eid festgestellt, während die

*) Die Worte im 2. Satze des §. 346 „welches rücksichtlich des ausgesetzten Theils endlich oder durch Auferlegung eines nothwendigen Eides bedingt endlich entscheidet" scheinen überhaupt den Zeitpunkt der Berufung hinsichtlich der früher spruchreifen und endlich entschiedenen Punkte etwas über die Gebühr hinauszuschieben. Denn danach würde diese Berufung, wenn in den ausgesetzten Punkten, bei weiterer Instruktion derselben, ein zugeschobener Eid festgestellt, auf einen Editionseid erkannt oder eine sonstige Verfügung abgegeben wird, die eine sofortige Berufung nach sich zieht, mit der Letzteren nicht gleichzeitig zur Aburtheilung kommen, sondern immer so lange ausgesetzt bleiben, bis auch hinsichtlich der andern Punkte die endliche oder bedingt endliche Entscheidung abgegeben worden. Dieses möchte schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Allein hier stehen die Worte des Gesetzes einer rationelleren Anwendung desselben entschieden entgegen.

Entscheidung über die Resultate der Beweisführung in der Hauptforderung noch nicht präparirt war. Der Beklagte nahm nun die sofortige Berufung wider jene Eidesfestsetzung zur Hand, das Ober-Appellationsgericht verwarf aber die Berufung als verfrüht, verbis:

In Erwägung daß das angefochtene Erkenntniß durch Feststellung einer bestritten gewesenen Eidesnorm hinsichtlich zweier für die Compensationseinrede geltend gemachter Gegenforderungen nur über einen spruchreifen Gegenstand auf eine an und für sich zulässige Weise entschieden hat, dagegen andre der Beweisinstanz angehörende Gegenstände noch nicht erledigt sind; diesemnach aber der für den vorliegenden Fall anwendbare §. 346 der P.-O. der Zulässigkeit einer sofortigen Berufung entgegensteht, indem insbesondre sich nicht annehmen läßt, daß eine Unterscheidung zwischen Berufungs-Frist und Berufungs-Zulässigkeit habe gemacht werden sollen,

wird

die Berufung als noch zur Zeit unstatthaft verworfen.

II.

Daß die Bestimmungen des §. 346 im Allgemeinen auch auf Fälle analog zur Anwendung kommen sollen, wo mehre nicht gleichzeitig spruchreife Ansprüche in Frage stehen, ist nach dem 2. a. l. nicht zweifelhaft, wohl aber können Zweifel über die Ausdehnung dieser analogen Anwendung entstehen.

Findet insonderheit a) der §. 346 Anwendung, wenn Jemand eine Principalklage anstellt, damit eine eventuelle Klage verbindet und nunmehr nach Ansicht des Richters mit jener definitiv zurückgewiesen werden kann, während hinsichtlich dieser eine Beweisauflage oder eine sonstige Instruction nöthig wird? Diese Frage hat ihre Zweifel. Es wird in der Regel sich herausstellen, daß dem Kläger in einem solchen Falle an dem Ausgange der eventuellen Klage wenig gelegen ist und so scheint es sich kaum zu rechtfertigen, daß ihm das Mittel, im Wege der Berufung mit seiner Principalklage durchzudringen, so lange vorenthalten sein soll, bis die Eventualklage, vielleicht überdies nach sehr kostspieligen und vergeblichen Beweisführungen und sonstigen Verhandlungen, zur Spruchreife gebracht worden.

Gestützt auf diese Betrachtung wird man geneigt sein, obige Frage zu verneinen, und dem ersten Anscheine nach, dürfte die Fassung des 2. a. l. des §. 346 diese Ansicht unterstützen. Hier ist nämlich bei der Bestimmung, daß der voranstehende Inhalt des §. 346 auch auf Fälle anwendbar sein solle, wo mehre verschiedene Ansprüche in Frage sind, nur von solchen Ansprüchen die Rede, die von einander unabhängig sind, eine Bezeichnung, welche bei mehren Klagansprüchen, die unter einander in dem Verhältnisse einer Principalklage zur eventuellen Klage stehen, nicht wohl zutrifft. Allein bei näherer Prüfung scheint die entgegengesetzte Ansicht reichlich so viel für sich zu haben. Zunächst liegt es doch wohl näher, das 2. a. l. des §. 346 dahin zu verstehen, daß die vorstehenden Bestimmungen auf Fälle Anwendung finden sollen, wo mehre verschiedene Ansprüche in Frage sind, auch wenn diese sich nicht wie Theile eines Hauptanspruchs, oder wie Nebenforderungen zur Hauptforderung unter einander verhalten (von welchem Falle das 1. a. l. spricht); die Verbindung des 2. a. l. mit dem Inhalte des 1. a. l. führt mehr dahin, den dem Worte „Ansprüche" hinzugefügten Beisatz: „von einander unabhängige" bloß als erläuternden Zusatz und als Gegensatz zu den im 1. a. l. gedachten, mit einander in Verbindung stehenden Theilen eines und desselben Anspruchs, nicht aber als eine abstracte Einschränkung der hier gedachten „verschiedenen Ansprüche" aufzufassen. Sodann aber dürften doch dieselben Gründe, welche dem Gesetzgeber zu den Bestimmungen des §. 346 überhaupt vermocht haben, auch auf die Fälle, wo Principal- und eventuelle Klage nicht gleichzeitig spruchreif sind, völlig zutreffen, und die oben hervorgehobenen Gründe, welche es widerrathen dürften, die rechtskräftige Entscheidung einer Principalklage nach dem Ausgange einer erst später spruchreifen eventuellen Klage aufzuhalten, sprechen unter den gegebenen Umständen eben sowohl auch dawider, die Vorschrift des §. 346 auf diejenigen Fälle anzuwenden, für welche sie ausdrücklich gegeben ist. Auch in dem Falle, wo ein Beklagter eine Klage principaliter als unfundirt angreift, und nur eventuell Einreden entgegensetzt, die vielleicht sehr kostspielige und weitaussehende Beweise nöthig machen, wird es eine Härte involviren

können, ihm die Befugniß, gegen das die Klage für fundirt erklärende Erkenntniß die Berufung zu verfolgen, so lange vorzuenthalten, bis das Verfahren über die Einreden erledigt und auch über sie endlich entschieden ist, und dennoch enthält für diesen Fall der §. 346 die desfallsige Vorschrift ausdrücklich, wenn man überall im §. 346 ein Verbot einer sofortigen Berufung in den dort bezeichneten Fällen antreffen will, worüber weiter unten sub III.

Gleichwohl hat der erste Senat des K. O.=A.=Gerichts, in Sachen Scheidemann c. Scheidemann, in einem am 6. Juli d. J. abgegebenen Erkenntnisse, sich zu der zuerst erwähnten Ansicht in Beziehung auf die hier sub a aufgeworfene Frage bekannt, verbis:

In Erwägung — — — daß das präjudizielle Verhältniß, worin eine Prinzipal=Klage zur Eventual=Klage steht, es an die Hand giebt, daß die Entscheidung über jene nicht durch Letztere (sc. auf Grund des §. 346) zu beanstanden ist; so u. s. w.

Die Neuheit der Vorschrift des §. 346 läßt es nicht unwahrscheinlich, daß man bei dieser Entscheidung in der Anwendung jenes §. noch einigermaßen ängstlich zu Werke gegangen ist, und es kann deshalb die in dem Erkenntnisse niedergelegte Ansicht für spätere Vorkommenheiten gar leicht noch einen Wechsel erfahren.

Nicht minder zweifelhaft erscheint b) die Frage, ob die Bestimmung des §. 346 auch in dem Falle zur Anwendung kommen soll, wo auf die Vorklage eine Wiederklage verhandelt wird, beide Klagen aber nicht gleichzeitig einer Entscheidung unterzogen werden können? Es ist nämlich in diesem Falle nicht zu übersehen, daß es sich hier um Ansprüche verschiedener Personen, des Klägers und des Beklagten, handelt, und daß es, wenn es an sich schon bedenklich ist, den Ausgang des Rechtsstreits über die eine Forderung längere Zeit nach demjenigen über die andre zu suspendiren, diese Bedenken sich steigern müssen, wenn diejenige Forderung, welche das Hemmniß bildet, nicht demselben Berechtigten zusteht, sondern von einem Andern als von dem Inhaber der spruchreifen Forderung geltend gemacht wird. Dazu kommt, daß, während der Kläger,

welcher mehre Forderungen geltend macht, bei denen die Entscheidung über die eine diejenige über die andere suspendirt, die Schuld eines solchen Hemmnisses gewissermaßen selbst trägt, da er die Cumulation der Klage hätte unterlassen können, derselbe, im Falle die Entscheidung über die Wiederklage das Verfahren über seine Vorklage suspendirt, hievon überall keine Schuld trägt, da die Erhebung der Wiederklage nicht von ihm abhing. Allein diese Rücksichten sind doch wohl kaum durchschlagend und treffen überdies nicht in allen Fällen zu, wo die Entscheidung über Vorklage und Wiederklage nicht gleichzeitig abgegeben werden kann. Wenn z. B. die Vorklage für begründet und bewiesen erachtet, die Wiederklage aber noch nicht spruchreif ist, nun aber der Wiederkläger die Berufung wider die Entscheidung über die Vorklage zur Hand zu nehmen intendirt, verdient er da wohl mehr Rücksicht, als wenn er wegen fehlender Spruchreife seiner Einrede die erfolgte Entscheidung über die Klage noch nicht anfechten darf? Gewiß nicht. Im Grunde trifft auch für alle die Fälle, wo eine Wiederklage gleichzeitig mit der Vorklage verhandelt werden darf (§. 14 der b. P.-O.), eine der sofortigen Berufung unterliegende Entscheidung indeß nicht gleichzeitig für beide Klagen abgegeben werden kann, die nämliche Rücksicht in vollem Maße zu, welche überhaupt den Gesetzgeber vermocht hat, die Berufung hinsichtlich der spruchreifen Puncte auszusetzen, bis auch über die Anfangs nicht spruchreifen Puncte endlich entschieden werden kann; in jenen Fällen werden dadurch Wiederholungen der Rechtsmittel im Interesse eines rascheren Geschäftsganges so gut wie in allen übrigen Fällen, die der §. 346 vor Augen hat, vermieden. Die Worte des zweiten a. l. aber, welche die Vorschriften des §. 346 analog angewandt wissen wollen, wenn es sich um verschiedene Ansprüche handelt, machen hiebei keinen Unterschied unter dem Falle, wo diese Ansprüche sämmtlich dem Kläger, und demjenigen, wo sie theilweise auch einem Andern, namentlich dem Beklagten und Wiederkläger competiren. Es ist daher gewiß richtig, in dem sub b berührten Falle die Anwendbarkeit des §. 346 anzunehmen. Diese Ansicht ist auch in einem kürzlich vor dem ersten Senate des K. O.-A.-Gerichts verhandelten Rechtsfalle: Reborst c. Retthorn, wenigstens in den Nationen, als die

richtige anerkannt, wenn gleich aus andern, unter sub III. zu berührenden Gründen, es in diesem Falle nicht für erforderlich gehalten ist, daß die Berufung wider die Entscheidung in der einen Klage nach der Entscheidung über die andere aufgehalten werde. Es erscheint zweckmäßig, die Worte der Entscheidung erst an jener Stelle vorzulegen.

c) Nach denselben Grundsätzen dürfte dann auch der Fall zu entscheiden sein, wenn die im 2. a. l. des §. 346 gedachten verschiedenen Ansprüche mehrern Litisconsorten competirte oder gegen mehre Litisconsorten verfolgt werden. Auch hier enthält es eine Härte für denjenigen Litisconsorten, hinsichtlich dessen Ausspruchs ein definitiver Spruch erfolgt ist, in der Verfolgung der Berufung dawider durch den Anspruch eines andern Litisconsorten gehemmt zu werden. Allein ist es einmal gestattet oder vorgeschrieben, daß mehre Personen in einem Rechtsverfahren ihr Recht nehmen, so müssen auch in diesem Verfahren in dubio und nach der allgemeinen Fassung des 2. a. l. des §. 346 diejenigen Vorschriften zur Anwendung kommen, welche nach diesem §. eine Abkürzung des Verfahrens durch Vermeidung der Berufungen zum Zwecke haben.

III.

In dem Bisherigen ist man davon ausgegangen, daß da, wo eine gleichzeitige Aburtheilung der einzelnen Streitpunkte eines Rechtsstreits nicht möglich, die sofortige Berufung wider die über den spruchreifen Punct getroffene Entscheidung nicht stattnehmig sein solle. Es ist indeß vielfach die Ansicht aufgestellt, daß der §. 346 in diesem Falle den Parteien nur habe die Verpflichtung abnehmen wollen, sofort die Berufung zur Hand zu nehmen, ohne gleichwohl dies zu inhibiren, wenn sie die sofortige Berufung vorziehen sollten. Ein derartiges Verständniß des §. 346 würde freilich viele der gerügten Härten desselben beseitigen, ob dasselbe sich aber empfehlen dürfte, scheint sehr bedenklich. Die Gründe welche für diese Ansicht angezogen werden, sind folgende: a) Nach den allgemeinen Vorschriften der P.-Ordn. über Berufungen dürfen dieselben auch vor Beginn des Laufs der Berufungsfrist, d. i.

vor der dem Berufenden gewordenen formellen Behändigung des anzufechtenden Urtheils erhoben werden, die Berufungsfrist sei somit nicht als Termin, von welchem an die Berufung stattnehmig sein solle, sondern nur zur Bemessung desjenigen Zeitraums angeordnet, nach dessen Ablauf die Berufung nicht mehr stattnehmig sein solle. Wenn daher im §. 346, im zweiten Satze, es heiße: „Im ersten Falle (sc. wo der Richter sofort über den spruchreifen Theil abgeurtheilt hat) beginnt die Berufungsfrist erst mit der Behändigung desjenigen Urtheils, welches rücksichtlich des ausgesetzten Theils endlich u. s. w. entscheidet," so brauche man auch hierin nicht nothwendig eine Suspendirung der Befugniß, die Berufung früher zu erheben, anzutreffen, sondern sei berechtigt, anzunehmen, daß auch hier der Gesetzgeber nur einen erweiterten Endtermin desjenigen Zeitraums, innerhalb dessen die Berufung zu erheben sei, habe feststellen wollen. Dies sei um so mehr anzunehmen, als b) das Gesetz da, wo es eine sofortige Berufung ausgeschlossen wissen wolle, sich des Ausdrucks bediene: „es greift nur eine vorbehaltene Berufung Platz.« Die Annahme, daß dem Berufenden nicht habe inhibirt sein sollen, früher mit der Berufung wider den vorab entschiedenen Theil der Streitpuncte hervorzutreten, empfehle sich c) aber auch noch durch die Erwägung, daß sonst der Berufende in vielen Fällen, namentlich da, wo er keine Veranlassung habe und der Gegner keine Veranlassung nehme, gegen das Urtheil über die ausgesetzten Punkte eine Berufung zu erheben, oder wo dies Urtheil überall nicht in einem entscheidenden Zusammenhange mit dem früher abgegebenen Urtheile stehe, Gefahr laufen würde, seine Berufung wider das letztere ganz zu verlieren, indem, nach Inhalt des §. 394, vorbehaltene Berufungen grade nur unter den soeben gedachten Voraussetzungen sollen geltend gemacht werden können. —

Die beiden letztgedachten Gründe sub b und c beruhen offenbar auf einem Mißverständnisse. Es handelt sich hier gar nicht um eine vorbehaltene Berufung im Sinne des §. 394, wie hier wiederholt hervorgehoben werden mag, sondern um eine ganz besondere Bestimmung, danach eine an sich sofort zulässige Berufung wegen ihrer Verbindung mit andern Streitpunkten suspendirt werden soll. Die Grundsätze des §. 394,

können hier daher gar nicht maßgebend sein, und die für diese Bestimmungen gewählten Ausdrücke konnten daher auch nicht für den §. 346 angewandt werden. Insonderheit scheint nach den ausdrücklichen Worten des §. 346 das gar keinem Zweifel zu unterliegen, daß mit dem Augenblicke, wo das Urtheil über den ausgesetzten Punkt behändigt worden, die Berufung wider das früher erlassene, an sich ja einer selbständigen Berufung unterliegende Urtheil, ohne Weiteres verfolgt werden kann, es mag nun wider das spätere Urtheil von irgend einem Theile die Berufung zur Hand genommen werden oder nicht.

Mehr in recessu scheint dagegen der Grund sub a zu haben, indem allerdings dasjenige, was aus den allgemeinen Bestimmungen über Berufungen hinsichtlich der Bedeutung der Berufungsfrist gesagt ist, als richtig anzuerkennen ist, und somit feststeht, daß der im §. 346 gebrauchte Ausdruck: „es beginnt die Berufungsfrist" nicht völlig genau ausgewählt sein würde, wenn der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte, daß vom betreffenden Augenblicke an die Befugniß zur Erhebung der Berufung beginnen solle.

Allein auf der andern Seite würde der Gesetzgeber, wollte er damit bloß sagen, daß die ursprüngliche Berufungsfrist fortlaufen oder von neuem mit der Behändigung des zweiten Urtheils laufen solle, sich noch weit ungenauer ausgedrückt haben. Daneben und vor Allem kommt aber in Betracht, daß es eine ganz eigenthümliche mit der Gleichheit der Parteienrechte kaum vereinbare Bestimmung involviren würde, wollte man den §. 346 in dem Sinne auffassen, als sei es der Willkür der Parteien überlassen, ob sie gegen das vorab erfolgte Urtheil sofort oder erst nach langer Zeit, vielleicht nach Jahren Rechtsmittel verfolgen wollen. Bei dieser Auffassung wäre zunächst dem Richter in der Bestimmung, daß er das Urtheil über die spruchreifen Theile sofort abgeben oder bis sämmtliche Punkte spruchreif seien, aussetzen könne, ohne allen Anhaltspunkt ein ganz unverhältnißmäßiger Einfluß auf die Dauer und den Gang des Rechtsstreits eingeräumt, was doch nicht füglich als in der Absicht des Gesetzgebers liegend angenommen werden kann, und was wegfallen würde, sobald man davon ausgeht, daß, mogte nun der Richter die spruchreifen Punkte sofort

erledigen oder später, dies auf die Zeit, innerhalb welcher die Berufung verfolgt werden dürfe, keinen erheblichen Einfluß äußern werde, weil Letztere allemal erst später erhoben werden konnte.

Hiernächst würde für diejenigen Fälle, wo der Richter sofort ein Urtheil vorab gesprochen, und die Entscheidung hinsichtlich der nicht spruchreifen Punkte ausgesetzt hat, demjenigen Theile, welcher Veranlassung zur Berufung hat, ein nicht minder großer und dem Interesse des andern Theils gegenüber in der That nicht zu rechtfertigender Einfluß auf den Gang und die Dauer des Rechtsstreits gegeben sein, wenn man das Gesetz so verstehen wollte, als sei Jenem die Wahl eingeräumt, ob er sofort oder erst nach Präparirung der andern Streitpunkte wider jenes Urtheil die Berufung verfolgen wolle.

Endlich würde diese Auffassung des §. 346 die größte Gefahr für eine geregelte Leitung des Rechtsstreits im Gefolge haben. Man denke sich nur den Fall, daß mehre Punkte, namentlich bei mehren Klägern oder Beklagten, im litisconsortio spruchreif wären und sofort abgeurtheilt worden, während hinsichtlich anderer Punkte die Entscheidung noch einem weitläufigen Beweisverfahren ausgesetzt werden müßte, und nun wider jenes Urtheil der eine Theil sofort, der andere Theil aber später, der eine litisconsors in der Zwischenzeit, der andere nach Behändigung des Urtheils über die ausgesetzten Punkte die Berufung zur Hand nähme und zur Entscheidung brächte, welche Verwicklung, welche Vermehrung der Berufungsverhandlungen würde dies zur Folge haben!

Unter Berücksichtigung aller Gründe und Gegengründe scheint daher die Ansicht den Vorzug zu verdienen, welche in den Fällen, deren der §. 346 erwähnt, eine Entziehung der Befugniß antrifft, die Berufung wider die Entscheidung über einen sofort spruchreifen Punkt früher zu verfolgen, bis das Urtheil über den ausgesetzten Punkt ebenfalls abgegeben worden.

Gleichwohl hat man diese Frage bisher im K. Ober-App.-Gerichte nicht gleichmäßig beurtheilt und entschieden.

Im ersten Senat ist nämlich ziemlich constant gegen die zuletzt vertheidigte Ansicht angenommen, daß in den Fällen

des §. 346 die Partei befugt sei, hinsichtlich der vorab entschiedenen Punkte sofort die Berufung zu verfolgen. So wurde in Sachen Löwenhagen gegen v. Stockhausen die sofortige Berufung wider ein Urtheil des Ob.-Ger. Göttingen für zulässig erklärt, welches von vier objectiv verbundenen Klagen drei sofort abgewiesen hatte, während hinsichtlich des vierten Klagepunktes eine Beweisführung angeordnet worden.*) Doch kam in dieser Sache die vorliegende Streitfrage nicht zur ausdrücklichen Entscheidung. Letzteres war dagegen in der bereits sub II. b. allegirten Sache Rehorst gegen Rethorn der Fall, in welcher das Obergericht eine Wiederklage sofort zurückgewiesen, zur Vorklage aber auf Beweis erkannt, hierauf der Wiederkläger sofort die Berufung zur Hand genommen und sein Gegner den Einwand der Verfrühung ausdrücklich opponirt hatte. Hier entschied der erste Senat des O.-A.-Gerichts am 8. Juni d. J. folgendermaßen:

„Demnach nun 1. die opponirte Einrede der noch zur Zeit unzulässigen Berufung nicht für begründet erachtet ist, indem, wenn auch der zweite Absatz des §. 346 der B.-P.-O. auf Wiederklagen wohl anzuwenden sein möchte, dennoch in dem ersten Absatze dieses §. nur das bestimmt ist, daß wenn in erster Instanz über den einen Punkt definitiv erkannt, der andere Punkt aber ausgesetzt ist, die Berufungsfrist erst mit der Behändigung desjenigen Urtheils, welches rücksichtlich des ausgesetzten Theils endlich oder durch Auferlegung eines nothwendigen Eides bedingt endlich entscheide, beginnen solle, damit also über die Zulässigkeit einer früheren oder sofortigen Berufung nicht erkannt ist, nach den solchemnach allein entschei-

*) In dieser Sache schien der Präsident des Ober-Gerichtes auch abweichender Ansicht zu sein, denn er hatte Zurückbehaltung der Akten angeordnet, so daß diese erst vom O. A. Gerichte besonders gefordert werden mußten. Das O.-A.-Gericht erkannte hinsichtlich zweier Klagen reformatorisch auf Beweis, welcher dermalen vor demselben instruirt wird. Sobald das definitive Urtheil über diese Punkte erfolgt und die Akte an das Obergericht zurückgegangen sein wird, muß dort der Beweis über den 4. Klagpunkt instruirt und hiernächst erkannt werden. Dies Urtheil dürfte eine besondere Berufung nach sich ziehn, und somit wird durch die Zulassung der Vorberufung aller Wahrscheinlichkeit nach eine nicht unerhebliche Verweitläufigung des Verfahrens herbeigeführt.

denden §§. 394 u. 395 der B. P.=O. das angefochtene Erkenntniß allerdings der sofortigen Berufung unterworfen ist; u. s. w."

Aehnlich ist von demselben Senate in der gleichfalls bereits sub II. a. vorgelegten Entscheidung Scheidemann c. Scheidemann sentirt. Dagegen hat der zweite Senat des O.=A.=Gerichts laut der sub I. dieser Abh. vorgelegten Entscheidung Kriete c. Kriete die entgegengesetzte Ansicht approbirt, in den Schlußworten nämlich: „indem insbesondere eine Unterscheidung zwischen Berufungsfrist und Berufungszulässigkeit sich nicht annehmen läßt."

Eine baldige Uebereinkunft über eine gleichmäßige Entscheidung dieser eingreifenden Controverse würde sehr erwünscht sein.

B.=P. von Düring.

---

6. Zu den §§. 354 bis 358. Ausfertigung der Urtheile.

Die §§. 354 bis 358 der bürgerlichen Proceß=Ordnung handeln, wie die Ueberschrift besagt, von Verkündigung und Ausfertigung der Urtheile. Es ist hier vorgeschrieben, daß jedes Urtheil in einer bestimmten im §. 356 (vergl. mit §. 355) genau bezeichneten Form abgefaßt werden soll, während die Verkündigung auf die eigentliche Entscheidung und deren Gründe beschränkt werden kann.

A. Was versteht nun das Gesetz unter dem Ausdrucke: „Ausfertigung der Urtheile", dessen es sich in der Ueberschrift zu den §§. 354 bis 358 bedient? Versteht es darunter die im §. 356 verglichen mit §. 355 vorgeschriebene Abfassung des Urtheils, oder hat damit nur die von dem Gerichtsschreiber den Parteien mitzutheilende Abschrift bezeichnet werden sollen? — In dem Texte der §§. 354—358 selbst kommt der Ausdruck „Ausfertigung" nur im §. 358 vor. Es wird daselbst vorgeschrieben, daß jede nicht bloß einfache Ausfertigung von dem Gerichtsschreiber zu unterzeichnen und mit dem Gerichtssiegel zu versehen sei, und daneben wegen executivischer Ausfertigungen auf die §§. 529 und 530 verwiesen.

Hier versteht das Gesetz unter Ausfertigung nichts weiter als Abschriften oder Auszüge der Urtheile, redet von Ausfertigungen in demselben Sinne, in welchem sowohl die Proceßordnung selbst im §. 140 a. E., als das Gesetz über die Gebührentaxe in den §§. 23 und 29 der Ausfertigungen der Erkenntnisse, sonstiger richterlicher Verfügungs-Protocolle erwähnt und das letztere Gesetz im §. 25 Nr. 2 sowie im Gebührentarif Nr. 13 von Ausfertigungsgebühren spricht. Hier ist im Gesetze also nur von einem Acte der Gerichtsschreiberei die Rede. — Anderer Seits dürfte es aber keinem Zweifel unterliegen, daß mit dem Ausdrucke „Ausfertigung der Urtheile" in der Ueberschrift zu den §§. 354—358 ein von dem vorstehenden durchaus verschiedener Act, ein Act des Gerichts selbst und zwar die in den §§. 355 und 356 vorgeschriebene förmliche Abfassung des Urtheils hat bezeichnet werden sollen. Das Gesetz will, daß jedes Urtheil nach der Vorschrift des §. 356 förmlich abgefaßt werde, und stellt das so in vollständiger Fassung ausgearbeitete Urtheil der Entscheidung in der Sache selbst (tenor sententiae), auf welche sich die Verkündigung beschränken kann und die nur ein Theil des Urtheils ist, gegenüber. Die Vorschriften in Betreff der Entscheidung selbst oder der eigentlichen Urtheilsfällung giebt das Gesetz in den §§. 343 u. folg., und wenn sodann dasselbe in den §§. 354 u. folg. die Bestimmungen über Verkündigung und Ausfertigung der Urtheile folgen läßt, insbesondere im §. 355 anordnet, daß das Urtheil von einem der bei der Entscheidung mitwirkenden Richter abgefaßt werden soll, so beziehen sich eben diese letztern Vorschriften offenbar auf die äußere Form, in welcher das vom Gericht gefällte Urtheil oder die in der Sache selbst beschlossene Entscheidung ins Leben treten, zu den Acten gelangen und den Parteien mit der verkündigten Entscheidung zur Kenntniß gebracht werden soll, oder auf die Ausfertigung des Urtheils, deren die Ueberschrift der §§. 354 u. folg. gedenkt. In diesem Sinne erwähnt auch Dr. Leonhardt Bd. II. Heft 2. S. 260 dieses Magazins der Ausfertigung des Urtheils und in demselben Sinne bedient sich dieses Ausdrucks auch der §. 134 der Strafproceßordnung, indem er vorschreibt, daß die Entscheidungen des Gerichts besonders auszufertigen seien (vgl. §. 157 der Straf-Pr.-O.).

Die vorstehende Darstellung zeigt, daß die bürgerliche Proceßordnung den Ausdruck „Ausfertigung des Urtheils" in einer zweifachen, wesentlich verschiedenen Bedeutung gebraucht hat, daß die im §. 358 erwähnte von der Gerichtsschreiberei zu ertheilende Ausfertigung, mit der von dem Gerichte selbst abzufassenden Ausfertigung nicht verwechselt werden darf. Daraus ergiebt sich dann von selbst, daß die im §. 358 für die daselbst gedachte Ausfertigung gebotene Unterzeichnung und Besiegelung von Seiten des Gerichtsschreibers auf die zuletzt bemerkte Ausfertigung nicht übertragen werden kann. Wäre es die Absicht des Gesetzes gewesen, daß auch diese letztere oder das vom Gerichte selbst zu den Akten in vollständiger Fassung ausgearbeitete Urtheil von dem Gerichtsschreiber unterzeichnet und mit dem Gerichtssiegel versehen werden solle, so würde dies sicherlich eben so im §. 355 vorgeschrieben sein, als für Straferkenntnisse der §. 134 der Straf-Proc.-O. die Nothwendigkeit der Mitunterschrift des Gerichtsschreibers ausdrücklich bestimmt hat.

B. Welche Urtheile unterliegen aber den in den §§. 355 und 356 gegebenen Formvorschriften? — Es möchte zuvörderst die Antwort nahe liegen, daß diese Vorschriften auf diejenigen richterlichen Verfügungen anzuwenden seien, welche im Gesetze als Urtheile bezeichnet werden. Allein auf diesem Wege würde man sicherlich nicht zu einem richtigen Resultate gelangen. — Die Proceßordnung ist, wo sie der richterlichen Verfügungen erwähnt, nicht immer streng im Ausdrucke; sie bezeichnet Verfügungen und Urtheile, denen die Eigenschaft eines solchen weder überhaupt noch insbesondere im Sinne der §§. 354 folg. zugestanden werden kann, wogegen sie sich des Ausdrucks „Urtheil" nicht bedient, wo er völlig zutreffend gewesen sein würde. Die Proceßordnung ist in dieser Hinsicht in ihrer Terminologie nicht so streng, als das Gesetz über die Gebührentaxe, welches zwischen Urtheilen und Bescheiden genau unterscheidet und namentlich nur diese letztern in einzelnen Fällen annimmt, wo die Proceßordnung von Urtheilen redet. So bezeichnet die Proceßordnung im §. 50 diejenige Verfügung, durch welche das Gericht auf geschehene Kostenliquidation, auf den einseitigen Antrag der einen Partei den Betrag der Kosten

in berathender Sitzung festsetzt, als Urtheil, während sie in dem gleichen Falle bei einer nach §. 512 über ein angebrachtes Arrestgesuch ohne vorgängiges Gehör der Gegenpartei in berathender Sitzung abzugebenden Entscheidung nur von einer richterlichen Verfügung spricht. Beiden Verfügungen legt der §. 21 Nr. 4 und 5 nur die Eigenschaft eines Bescheides bei. Wird gegen die gedachten, den Kostenbetrag festsetzenden oder einen Arrest verhängenden Verfügungen Gegenvorstellung erhoben und hierüber auf vorgängige Verhandlung in Gemäßheit der §§. 53 und 516 entschieden, so erscheint diese Entscheidung ohne allen Zweifel als eigentliches Urtheil. So wird denn auch diese Entscheidung im §. 516 bezeichnet, während der §. 53 sich dieses Ausdrucks nicht bedient.

Ferner nennt der §. 18 der P.=O. diejenige Entscheidung ein Urtheil, durch welche bei Streitigkeiten über die Zuständigkeit mehrerer nicht im Unterordnungsverhältnisse stehender Gerichte das angegangene gemeinsame höhere Gericht die bestrittene Zuständigkeit festsetzt, wogegen auch diese Verfügung im §. 21 Nr. 1 des Gesetzes über die Gebührentaxe nur als Bescheid charakterisirt wird und jedenfalls so viel außer allem Zweifel ist, daß die Vorschriften der §§. 355 und 356 so wenig auf diese Verfügung, als auf die in den §§. 50 und 512 der P.=O. erwähnten Verfügungen passen können.

Daß Endurtheile im Allgemeinen den Vorschriften der §§. 355 folg. unterliegen, kann begreiflicher Weise nicht in Zweifel gezogen werden. Eben so gewiß ist es aber auch, daß diese Vorschriften nicht bloß auf Endurtheile zu beschränken sind, wie aus dem §. 219 der P.=O. hervorgeht, nach dessen ausdrücklicher Bestimmung die gedachten Vorschriften auch auf das Beweisinterlocut Anwendung finden sollen.

Ein fernerer Weg, die oben aufgeworfene Frage zu lösen, könnte in dem §. 395 der P.=O. gefunden werden. Es ist daselbst von denjenigen richterlichen Verfügungen die Rede, welche kraft Gesetzes der sofortigen Berufung unterliegen, und da dies der Regel nach nur Endurtheile und nur ausnahmsweise Zwischenbescheide von besonderer Wichtigkeit sind, so möchte es nahe liegen, anzunehmen, daß auf alle die Verfügungen, wider welche das Gesetz die sofortige Berufung zu=

lasse, die Vorschriften der §§. 354 folg. anzuwenden seien. Verfügungen dieser Art sollen außerdem nach §. 140 der P.-O. der Partei selbst, auch wenn sie bei der Verkündigung zugegen war, behändigt und müssen deßhalb nothwendiger Weise ausgefertigt werden. Auch wird gerade bei diesen Verfügungen im §. 140 der Verkündigung gedacht, während das Gesetz sonst nur in Beziehung auf Urtheile von einer Verkündigung redet (§. 116 u. 354). Allein diese Ansicht würde, abgesehen von andern ihr entgegenstehenden Gründen, schon daran scheitern, daß nach §. 219 das Beweisinterlocut den Vorschriften der §§. 355 u. 356 unterworfen sein soll, wenn gleich dawider nur die vorbehaltene Berufung zulässig ist. Und wenn auch die im §. 140 verordnete Behändigung der fraglichen Verfügungen an die Partei eine Ausfertigung derselben erforderlich macht, so folgt daraus doch noch nicht mit Nothwendigkeit, daß eine solche Ausfertigung in der im §. 356 vorgeschriebenen Form geschehen müsse, zumal der Grund jener Bestimmung des §. 140 ein ganz verschiedener von demjenigen ist, welcher den Vorschriften der §§. 354 folg. unterliegt, und jene Bestimmung sich nicht bloß auf richterliche Verfügungen, welche der sofortigen Berufung unterliegen, sondern auch auf andere Verfügungen bezieht, auf welche die Vorschriften über Urtheile offenbar nicht passen, wie z. B. die in den §§. 475—477 gedachten dem Einspruche unterworfenen Verfügungen. Auch liegt es, selbst abgesehen von einer ausdrücklichen Bestimmung schon in der Natur des mündlichen Verfahrens, daß die Entscheidungen des Gerichts, welche von demselben auf Grund nicht bloß berathender Sitzungen (vergl. §§. 18, 20, 25, 50, 67, 456 (458), 512 (522, 507), 557 (602) der P.-O.) erlassen werden, den Parteien durch Verkündigung, nicht durch Behändigung bekannt zu machen sind. Es bedurfte deßhalb im Gesetze nur einer Bezeichnung derjenigen Verfügungen, bei welchen ausnahmsweise eine Behändigung eintreten sollte, wie dies im §. 140 vergl. mit §. 141 geschehen ist, und es hat durch die in den §§. 110 und 354 nur gedachte Verkündigung der Urtheile, welcher Ausdruck im §. 110 jedenfalls wieder in einem weitern Sinne gebraucht worden ist, auf keine Weise ausgesprochen werden sollen, als wenn nur eigentliche Urtheile der Verkündi-

gung bedürften, wie denn auch der §. 20 Nr. 1 des Gesetzes über die Gebührentaxe der Termine, in denen richterliche Verfügungen eröffnet werden, im Allgemeinen und ohne Beschränkung auf Urtheile erwähnt.

Meines Erachtens gelangt man zu einem richtigen und sichern Resultate in Betreff der aufgeworfenen Frage nur, wenn man annimmt, daß die Vorschriften der §§. 355 u. folg. lediglich auf Urtheile nach vorgängiger mündlicher Parteiverhandlung, und zwar im allgemeinen nur auf Endurtheile, außer diesen aber zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des §. 219 auch auf Beweisinterlocute zu beziehen sind. Nach §. 356 Nr. 2 soll das Urtheil die Bezeichnung der Sitzung, in welcher die Verkündigung erfolgte, dem Datum nach enthalten. Auf solche Urtheile, welche das Gericht auf Grund bloß berathender Sitzungen erläßt, paßt daher die Vorschrift des §. 354 über Verkündigung der Urtheile offenbar nicht (vergl. z. B. §. 18 a. E.), wie denn der §. 354 die Verkündigung des Urtheils mit der voraufgegangenen mündlichen Verhandlung zusammenstellt.

Außerdem soll nach §. 356 Nr. 4 das Urtheil eine gedrängte Darstellung des dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatbestandes enthalten, womit die Bestimmung des §. 357 in Verbindung steht, daß die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis liefern solle und nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden könne. Durch den Thatbestand im Urtheile soll also festgestellt werden, welche thatsächlichen Behauptungen der Parteien Gegenstand der mündlichen Verhandlungen gewesen, und erscheinen auch aus diesem Grunde die von dem Gerichte in bloß berathender Sitzung erlassenen Entscheidungen (Urtheile) von selbst von den Vorschriften der §§. 354 folg. ausgeschlossen. Dahin gehören die schon oben angedeuteten richterlichen Verfügungen: Bestimmung des rechten Richters (§. 18); Uebertragung der Gerichtsbarkeit auf ein anderes Gericht im Falle der Behinderung des an sich zuständigen Gerichts (§. 20); Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch (§. 25); Urtheil, wodurch Kosten festgesetzt werden (§. 50;

vergl. auch §§. 64 und 65; ferner §§. 55 und 59 Satz 3 des Gesetzes über die Gebührentaxe); Entscheidung über den von einem Anwalte einer Partei versagten Beistand (§. 67); Entscheidung über Beschwerden wider das Gericht (§. 456 u. 458); Entscheidung über Arrestgesuche ohne vorheriges Gehör der Gegenpartei (§. 512; vergl. auch §§. 522 u. 507); Entscheidung über den Antrag des Gläubigers resp. Schuldners, das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen mehrere in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken gelegene unbewegliche Sachen, so wie mehrere im Bezirke verschiedener Amtsgerichte gegen denselben Schuldner gleichzeitig Statt findende Executionen behuf gemeinschaftlicher Vertheilung des Erlöses zu verbinden (§§. 557 u. 602). Daß hiernächst Urtheile, wodurch nach vorgängiger mündlicher Verhandlung der Sache *der Rechtsstreit selbst* endlich entschieden wird, sei es in der ersten, sei es in einer fernern (Rechtsmittel-) Instanz, den Vorschriften der §§. 355 u. 356 unterliegen, bedarf keines weitern Nachweises. Zu diesen Urtheilen ist ohne Zweifel auch das im §. 301 gedachte zu rechnen, wodurch das Gericht auf einen nothwendigen Eid erkennt und auf den Fall der Ausschwörung oder Verweigerung des Eides zugleich bedingt in der Sache selbst entscheidet, denn nur dieses Erkenntniß, nicht aber dasjenige, welches dasselbe nach Ausschwörung oder Verweigerung des Eides lediglich purificirt, erscheint als eigentliches End- und Haupturtheil, wie denn auch gegen das Purificatorium nach §. 301 im letzten Satze keine Berufung zulässig ist. Im übrigen kann es keinen Unterschied machen, ob die mündliche Verhandlung eine wirklich contradictorische gewesen, oder ob das Urtheil auf Ausbleiben des einen oder andern Theils erlassen wird. Eben so wenig wird es einem Zweifel unterliegen können, daß zu den oben gedachten Urtheilen auch diejenigen zu rechnen sind, wodurch nach Statt gehabter Verhandlung die Klage nur angebrachter Maßen zurückgewiesen wird; dergleichen Urtheile sind in der That auch Endurtheile und werden als solche auch im §. 395 Nr. 1 der P.-O. bezeichnet. Zweifelhaft mögte es dagegen erscheinen, ob die Vorschriften der §§. 354 folg. — abgesehen von Beweisinterlocuten — nur auf die in der *Hauptsache* ergehenden Endurtheile, oder auch auf solche Urtheile, wodurch über *Nebenpunkte* endlich entschieden wird,

zu beziehen seien. Kann man bei Beantwortung dieser Frage ein Argument aus dem Gesetze über die Gebührentaxe entlehnen, so würde dies für die Bejahung der ersten Frage oder die Beschränkung auf Endurtheile in der Hauptsache sprechen. Nach §. 17 des Gesetzes über die Gebührentaxe soll die Urtheilsgebühr für jede Instanz (d. h. das erste Verfahren mit Einschluß des Beweisverfahrens, welches nicht als besondere Instanz gilt, und das Rechtsmittelverfahren) nur einmal Statt finden und dieses auch nur unter der Voraussetzung, daß zur Hauptsache verhandelt und ein Endurtheil oder Beweisinterlocut erfolgt, wohingegen für die richterlichen Verfügungen, durch welche nach vorgängiger Verhandlung über Nebenpunkte entschieden wird, nach §. 19 verglichen mit §. 27 (cf. auch §. 16) nur Termins-, nicht Bescheidsgebühren berechnet werden sollen. Das Gesetz über die Gebührentaxe sieht mithin als Urtheil eigentlich nur das in der Hauptsache ergehende Endurtheil und außer diesem nur das Beweisinterlocut an. Dasselbe steht in dieser Hinsicht offenbar im Einklange mit der Proceßordnung selbst. Der vom Urtheile handelnde dritte Abschnitt des ersten Titels des zweiten Theils der Proceßordnung dürfte schon nach der Stellung, welche derselbe im Systeme des Gesetzes einnimmt, nur auf das Endurtheil in der Hauptsache und auf das Beweisinterlocut zu beziehen sein. Auch wird diese Ansicht durch den Inhalt der einzelnen Paragraphen dieses Abschnitts selbst unverkennbar gerechtfertigt. So beginnt der §. 343 mit den Worten: „Sobald der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist"; ferner schreibt der §. 344 vor, daß in dem Urtheile zunächst über die Zulässigkeit der „Klage" u. s. w. erkannt werden solle, und eben so deuten die in den §§. 345, 346 und 347 gegebenen Bestimmungen darauf hin, daß das Gesetz an das Urtheil in der Hauptsache gedacht habe. Damit stimmen auch die Vorschriften des §. 356 überein, in so fern hier sub Nr. 4 einer gedrängten Darstellung des „dem Rechtsstreite" zum Grunde liegenden Thatbestandes, und sub Nr. 6 der äußerlich getrennt zu haltenden Entscheidung „über die Hauptsache selbst" gedacht wird. Insbesondere spricht für die Richtigkeit der obigen Ansicht auch der Umstand, daß die Proceßordnung die

Formvorschriften des §. 356, außer dem im dritten Abschnitte abgehandelten Urtheile, überall nur im §. 219 ausdrücklich für das Beweisinterlocut vorschreibt und somit — gleich dem Gesetze über die Gebührentaxe — nur diese beiden in der Hauptsache ergehenden richterlichen Verfügungen, da insbesondere die Vorschriften über Beweisinterlocut nur auf die Hauptsache sich beziehen (vergl. z. B. §. 196 und 197), gleich behandelt wissen will. In dieser Hinsicht schließt sich das Gesetz denn auch an die Proceßordnung vom 4. Decbr. 1847 an, welche zunächst im §. 78 vorschreibt, daß „jedem Beweisinterlocute und im contradictorischen Verfahren ergehenden Enderkenntnisse ꝛc. die Entscheidungsgründe, von der Entscheidung selbst gesondert, anzuhängen seien", also, wie nach der oben aufgestellten Ansicht die Proceßordnung vom 8. Novbr. 1850, gerade für die bezeichneten gerichtlichen Verfügungen in der Hauptsache eine besondere Form der Ausfertigung anordnet. Außerdem sind die §§. 343 und 344 des letzten Gesetzes fast wörtlich aus dem §. 110 der Proceßordnung von 1847, welcher vom Endurtheile handelt, entnommen, so wie endlich auch der im §. 99 desselben Gesetzes vorgeschriebene, mit der im §. 356 Nr. 4 der Proceßordnung von 1850 angeordneten Darstellung des Thatbestandes offenbar nahe verwandte Stand der Streitsache auf das in der Hauptsache abzugebende Urtheil, das Beweisinterlocut oder Enderkenntniß sich bezieht. Bekannt ist es aber, daß die Proceßordnung von 1850, so weit es principiell möglich war, die Vorschriften der Proceßordnung von 1847 thunlichst adoptirt hat. Es ist auch sehr erklärlich, weshalb die Proceßordnung vom 8. Novbr. 1850 gerade für das Beweisinterlocut und das Endurtheil als die für den Rechtsstreit wichtigsten richterlichen Entscheidungen eine die gründliche Prüfung möglichst sichernde Form vorgeschrieben und insbesondere durch das Erforderniß der Darstellung des Thatbestandes dafür Sorge getragen hat, daß die durch die mündliche Verhandlung der Sache zur Kenntniß der Richter gelangte thatsächliche Grundlage des Rechtsstreits im Urtheile festgestellt und den Parteien Gelegenheit gegeben werde, sofort auf Beseitigung etwaiger desfallsiger Mängel, auf Berichtigung wesentlicher Unrichtigkeiten oder Auslassungen Bedacht zu nehmen.

Alle diese Gründe mußten bei dem Einsender die Ansicht feststellen, daß die Formvorschriften des §. 356 mit ihren daran sich knüpfenden weiteren Bestimmungen, abgesehen von dem im §. 219 speciell erwähnten Beweisinterlocute, lediglich auf das in der Hauptsache ergehende Endurtheil zu beziehen seien. Gleichwohl verkennt derselbe nicht, daß auch manche Gründe für die Ausdehnung jener Vorschrift auf Urtheile, wodurch über Nebenpunkte endlich entschieden wird, sich anführen lassen.

Welche Punkte das Gesetz als solche Nebenpunkte angesehen hat, dürfte wenigstens zum Theil aus dem §. 19 des Gesetzes über die Gebührentaxe zu entnehmen sein und es ist nicht zu verkennen, daß dieselben im Processe oft eine solche Bedeutung haben, daß eine Anwendung der Vorschriften des §. 356 auf die selbige endlich entscheidenden Urtheile schon deßhalb als gerechtfertigt erscheinen dürfte. Auch sind einige jener Punkte an sich offenbar selbständiger Natur und stellen sich nur in Verbindung und im Verhältnisse zu dem Hauptrechtsstreite, bei welchem sie vorkommen, als Nebenpunkte dar; so z. B. die Nebenintervention, die Rücklieferung der einem Anwalte anvertrauten Urkunde, die Edition von Urkunden, besonders wenn sie gegen dritte Personen begehrt wird. Endlich sind die in dem Abschnitte vom Urtheile in den §§. 348 bis 353 über Berathschlagung und Abstimmung der Richter gegebenen Vorschriften offenbar nicht auf die Endurtheile in der Hauptsache zu beschränken, vielmehr geht der Zweck derselben ohne Zweifel dahin, allgemeine Regeln über Abstimmung der Richter zu geben.

Obergerichtsrath Dr. Twele zu Dannenberg.

---

7. Zu §§. 413 und 414. Registrirung der Berufung.

So einfach und deutlich die Vorschriften der §§. 413 und 414 sind, so wird meiner Erfahrung nach gegen keine einzige Vorschrift so sehr gesündigt von Actuaren, Amtsrichtern und Advocaten, als gegen diese und führt dann gerade der Uebergang zu der richtigen Methode neue Uebelstände herbei. Bei den meisten Amtsgerichten des hiesigen Obergerichtsbezirkes (mit Ausnahme von Hoya) wurde von vornherein folgender modus procedendi eingeschlagen. Erfolgte ein ungünstiges Erkennt-

niß, so interponirte der Anwalt dagegen gleich im Termine, oder hinterher zu besonderem Protokoll das Rechtsmittel der Berufung, der Actuar legte das Protokoll dem Amtsrichter vor, dieser decretirte: „Acten sind an das O.=Gericht einzusenden," und so kamen denn dort, wo man von einer Berufung noch gar nichts wußte, die Acten an. Es passirte dann auch wohl, daß die Partei oder der Advocat sich eines Besseren besann und die Berufung gar nicht verfolgte, oder daß bei näherer Ueberlegung nicht Berufung sondern Appellation das zulässige Rechtsmittel war, u. dgl. mehr, so daß die Acten die Hin= und Rückreise umsonst (freilich nicht für die Partei) machten. Inzwischen ist man an vielen Orten zu einem richtigern Verständniß des §. 414 gekommen, der Richter ordnet die Versendung der Acten nicht früher an, als wenn das ihm vorgelegte Protokoll nachweist, daß die Berufung zeitig geschehen ist,*) während die Advocaten sich noch darauf verlassen, daß auf ihre „Einlegung der Berufung" oder auch Erhebung genannt, die Acten eingesendet werden. Der Anwalt, dem die Berufungsanträge zugeschickt sind, der ihre Insinuation beschafft und die Documente dem Advocaten zugesendet hat, um nach §. 414 zu verfahren, ist des Glaubens, alles sei in der besten Ordnung, aber im Termine fehlen die Acten. In diesem Falle trug ich für den Berufenen jüngst darauf an, daß Berufender in die Kosten verurtheilt würde. Vorsitzender richtete an mich die Frage, ob ich behaupten wolle, daß die Nichteinsendung der Acten lediglich Schuld des Gegners sei. Ich war auf diese Frage nicht vorbereitet, ich dachte an die Möglichkeit, daß den Actuar oder das Gericht eine Versäumniß treffen könne, und erklärte, ich könne mit Bestimmtheit dies nicht erklären. Es wurde nun wegen des Kostenpunktes erkannt, daß die Kosten von der Hauptsache abhängig gemacht würden. War das richtig?

Als ich später den §. 414 genauer ansah, überzeugte ich mich, daß ich jene Frage des Vorsitzenden eigentlich mit ja beantworten mußte, denn es war mir und meiner Partei eine Abschrift des Protokolls über die Anmeldung nicht zugegangen, die Vermuthung sprach also durchaus gegen den Berufenden.

*) i. e. dem Gegentheil behändigt ist. Red.

Gegen diesen ist überall und immer die Präsumtion, denn er ist zum Handeln verpflichtet, er hat dafür zu sorgen, daß die Berufung gehörig angemeldet sei, er muß nachweisen, daß dies geschehen ist und wenn er dies nachzuweisen nicht im Stande ist, so trägt er die Schuld des verzögerten Processes, so muß er in die Kosten verurtheilt werden. Hat der Richter die Einsendung der Acten verweigert, weil er die Berufung für unzulässig hielt, oder die Frist für nicht gewahrt, so ist es gleichfalls Pflicht des Berufenden, das Berufungsgericht zeitig zu veranlassen, die Acten einzufordern. Hat er das überall nicht, oder nicht zeitig gethan, so trägt er abermals die Schuld der Verzögerung. Es kann sich fragen, welchem von beiden Anwälten, dem bei dem Berufungsgerichte oder dem bei dem erkennenden Gerichte, ist das Protokoll des §. 414 zu behändigen, wenn man es nicht der Partei selbst behändigt? Streng genommen dem Anwalte des Berufungsgerichtes, da dieser allein für die Berufungsinstanz bevollmächtigt ist. Damit würde es übereinstimmen, daß, wenn ich recht berichtet bin, das höchste Tribunal verlangt, die Berufungsanträge sollten im Auftrage des O.=A.=G.=Anwalts, nicht im Auftrage des O.=G.=A. behändigt werden. Inzwischen ist zur Zeit, da das Protokoll mitgetheilt werden kann, in der Regel noch ein Anwalt bei dem Berufungsgerichte für Berufenen nicht bekannt. Ich glaube daher, daß man dem Anwalte oder Advocaten beim erkennenden Gerichte sehr wohl behändigen lassen kann, weil er ja die Partei im Allgemeinen vertritt, für den ganzen Proceß vertritt und selbst befugt ist, den Anwalt bei dem Berufungsgerichte zu benennen.

Noch ein Punkt hat mir in der Praxis einige Schwierigkeit veranlaßt. An den Amtsgerichtssitzen, wo kein Advocat wohnt, oder wo derselbe dem Gegner bedient ist, wird häufig eine Person schwer zu finden sein, durch welche man sicher die Anmeldungen besorgen läßt. Ich habe daher mehrfach die Berufungsanträge mit Behändigungsbescheinigung dem Actuar brieflich zugesendet und ihn gebeten, über diese Anmeldung ein Protokoll aufzunehmen. In den meisten Fällen ist das gut gegangen. In einem Falle jedoch weigerte sich der Amtsrichter, hierauf die Acten einzusenden, weil das kein Protokoll sei, son-

dern nur Registratur. Nun ist das zwar richtig, allein der §. 414 nimmt das Wort Protokoll nicht im strengsten Sinne, sondern versteht eigentlich nur Registratur darunter. In den meisten Fällen, da wo die Gerichtsvoigte am Sitz des Gerichts wohnen, kann man sich am besten so helfen, daß man den Gerichtsvoigt beauftragt, nachdem er die Behändigung der Berufungsanträge vollzogen, auch sogleich bei dem Actuar die Anmeldung zu besorgen und sich dafür eine billige Gebühr zu berechnen. Solche nothwendige Kosten muß der Unterliegende später natürlich erstatten.

Dr. Oppermann.

---

8. Zu §. 368 — verglichen mit §. 101. — Verhältniß des mündlichen Vortrags und der schriftlichen Klaganträge beim Ungehorsam des Beklagten.

Ein Princip unseres Gesetzes: „daß der Rechtsstreit in der mündlichen Verhandlung lebt und sich bewegt, daß die mündliche Verhandlung für den Richter die einzige(?) Erkenntnißquelle bildet," (vgl. Regier.-Motive zu §§. 98—117), das namentlich in der Vorschrift des §. 101 ausgeprägt ist: „daß die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung selbst hinsichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgesetzten Vorbringen enthalten, dient," scheint durch die Vorschrift des §. 368, über das, was beim Ungehorsam des Beklagten (défaut) geschehen soll, gänzlich über den Haufen geworfen zu sein. Denn nach einer bloß wörtlichen Auffassung dieser Vorschrift kömmt es dann gar nicht auf den mündlichen Vortrag des Klägers an, sondern nur auf den Inhalt der zugestellten Anträge. Für diese Ansicht hat sich der große Senat des K. Obergerichts in Nienburg, in Sachen **A contra B** wegen Contractserfüllung am 26. November 1852 entschieden. Es ist diese Auffassung indeß wohl nicht die richtige. Daß nur diejenigen Thatsachen bei dem Ungehorsam des Beklagten für zugestanden angenommen werden dürfen, welche in den zugestellten Klaganträgen vorgebracht waren, ist eine zu natürliche Vorschrift, als daß sie einer

näheren Begründung bedürfte. Führt der Kläger A in seinen schriftlichen Klaganträgen nur solche Thatsachen an, die, wenn sie wirklich begründet wären, nimmermehr eine Verurtheilung des Beklagten herbeiführen könnten, so kann dieser nicht gezwungen werden, sich zu vertheidigen, er kann ganz ruhig abwarten, ob der Richter das Gesuch für rechtlich begründet erkennt, da er ja das Gegentheil vermuthen muß. Daher ist es denn nur eine nothwendige Consequenz, daß der Richter ein condemnatorisches Ungehorsamsurtheil nur dann fällen kann, wenn die schriftlich vorgetragenen Thatsachen das Klaggesuch rechtlich begründen. Von diesem Falle handelt der §. 368 und setzt dabei voraus, daß die mündlichen Klagvorträge sich in der Hauptsache an die schriftlich vorgebrachten Thatsachen anschließen, von denselben nicht abweichen.

Wie es aber gehalten werden soll, wenn die mündlichen Klagvorträge in Beziehung auf die vorgebrachten Thatumstände von den schriftlichen Klaganträgen abweichen, und dennoch auf Ungehorsam angetragen wird, der sich natürlich nur auf die schriftlichen Klaganträge beziehen darf, darüber enthält der §. 368 überall eine Vorschrift nicht, darüber müssen also die allgemeinen Grundprincipien des Gesetzes entscheiden, und da muß die Vorschrift des §. 101, daß die mündlichen Verhandlungen in thatsächlicher Beziehung die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden sollen, zu möglichst voller Geltung gelangen. Ein Beispiel wird genügen die Richtigkeit dieser Behauptung zu zeigen. — A hält die in den schriftlichen Klaganträgen vorgebrachten Thatsachen für genügend sein Gesuch rechtlich zu begründen. Der Beklagte erscheint im Verhandlungstermine nicht. Kläger ist inzwischen zweifelhaft geworden, ob sein Gesuch genug substanziirt sei und er fügt in seinem mündlichen Vortrage verschiedene neue thatsächliche Verhältnisse hinzu, welche dies Gesuch besser substanziiren, und stellt nun folgende Bitte: „sollten die in meinen Klaganträgen angeführten Thatsachen für hinreichend befunden werden, ein Petitum rechtlich zu begründen, so b tte ich diese Thatsachen für zugestanden anzunehmen, indem ich den Ungehorsam des Beklagten hiermit anklage und denselben bescheinige —

sollte dies indeß nicht der Fall sein, so bitte ich zur Ver-

handlung auf die im heutigen mündlichen Vortrage vorgebrachten neuen Thatsachen, um Anberaumung eines neuen Termins auf Kosten des ungehorsamen Beklagten." — Hier liegt die Sache sehr einfach; hält das Gericht die in den schriftlichen Klaganträgen vorgebrachten Thatsachen für genügend, das gestellte Gesuch rechtlich zu begründen, so wird dasselbe eine Verurtheilung des Beklagten aussprechen; hält es dieselbe indeß nicht für genügend, so darf es die Klage nicht in angebrachter Maße abweisen, wenn die in den mündlichen Klagvorträgen neu hervorgehobenen Thatsachen genügen würden, dies Gesuch rechtlich zu begründen, sondern muß dem Antrage auf einen neuen Termin stattgeben (§§. 195 und 205), weil es dem Kläger sonst die ihm gesetzlich gegebene Befugniß, im Verhandlungstermine seine Klage zu verbessern (§. 203), abschneiden und gegen das Princip, daß die mündlichen Verhandlungen die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden sollen, verstoßen würde. — Wie aber, wenn der Kläger die zweite Bitte nicht stellt, wenn er sich neben seinen neuen mündlichen Vorbringen bloß darauf beschränkt, den Beklagten des Ungehorsams anzuklagen? — Hier scheint das Princip der Verhandlungs-Maxime, welches unser Gesetz adoptirt, dem Richter bereite Gelegenheit zu geben, sich lediglich an den Ungehorsamsantrag zu halten, also bloß das schriftliche Vorbringen zu prüfen. Allein in diesem Falle scheint mir der Verhandlungsmaxime ein zu großes Gewicht beigelegt zu sein. Der Präsident ist es, welcher die Leitung der mündlichen Verhandlungen gänzlich in seiner Hand hat und ihm sind nicht allein in den §§. 109 flg. umfassende Befugnisse gegeben, sondern die Vorschriften der §§. 102, 195, 205 namentlich der §. 369 geben dem Präsidenten die Mittel an die Hand, im Geist des Gesetzes, welcher eben das mündliche Vorbringen unter allen Umständen möglichst berücksichtigt sehen will, zu verfahren. Der Präsident resp. das Gericht haben nicht nur das Recht neue Termine anzusetzen, sondern das Gericht ist nach §. 369 sogar dazu verpflichtet: wenn die Klaganträge (d. h. die schriftlichen) an wesentlichen Mängeln leiden. Diese Vorschrift würde gänzlich ohne Bedeutung sein, wenn der Gesetzgeber dabei nicht eben den hier in Frage kommenden Fall vor Augen gehabt hätte, wo die schriftlichen Klaganträge

thatsächlich so ungenügend substanziirt sind, daß nach altem Verfahren der Richter in angebrachter Maße die Klage abweisen mußte, wo aber in den mündlichen Vorträgen dieser Mangel verbessert wurde, der Richter also die Ueberzeugung gewinnen mußte, daß es nicht an Thatsachen fehlte, welche die Bitte zu begründen im Stande seien, sondern daß diese Thatsachen nur mangelhaft in den vorliegenden schriftlichen Anträgen niedergelegt seien. Denn was unter wesentlichen Mängeln der Klaganträge zu verstehen sei, darüber entscheidet die Vorschrift des §. 93, und zwar besonders sub Nr. 3. — Wenn der Beklagte nun auch in dem weiteren Verhandlungstermine ausbleibt, so kann das zu fällende Ungehorsamsurtheil nach Vorschrift der §§. 202 und 370 sich natürlich auch auf die bloß mündlich vorgetragenen Thatumstände basiren.

Dr. Oppermann.

---

9. Zu den §§. 422, 424 und 345. Inwiefern hat der Richter in der Berufungsinstanz außer dem mündlichen Vortrage, die Voracten von Amtswegen zu berücksichtigen?

Wie man dem Grundsatze der Mündlichkeit leicht zu wenig Gewicht beilegen kann, eben so leicht ist der umgekehrte Fehler, diesem Grundsatze ein zu ausschließliches Gewicht beizulegen. Um in diesen zu verfallen, sind sogar die Regierungsmotive, welche als leitende Grundsätze dem Gesetz vorangeschickt sind, sehr verleitend. Denn wenn es dort heißt: „daß die schriftlichen Anträge bloß vorbereitend sind, daß sie lediglich zu dem Zwecke in die Hände des Vorsitzenden des Gerichts gelangen, um diesem für die Leitung der mündlichen Verhandlungen die erforderliche Uebersicht zu gewähren," wenn es ferner dort wörtlich heißt: „so treten die Parteien vor ein unbefangenes Gericht; dieses erfährt nicht durch ein Referat, wie der Proceß sich in bestimmten und feststehenden Grenzen bereits entwickelt habe, vielmehr sieht es selbst, wie vor seinen Augen der Proceß sich entwickelt und seine Grenze erhält" — so mag das für das erste Verfahren passen, für die Berufungsinstanz haben diese Worte aber nur die Bedeutung einer Phrase,

die man in Gemäßheit speciellerer und concreter Vorschriften modificiren muß. Wenn der Berufungsrichter nach §. 422 zu entscheiden verpflichtet ist:

1) über alle die Streitpunkte, über welche bisher aus dem Grunde nicht erkannt worden ist, oder nicht erkannt zu werden brauchte, weil sie in Gemäßheit der aufgehobenen Entscheidung nicht in Betracht kamen;

2) über alle solche Streitpunkte, über welche in dem angefochtenen Erkenntnisse eine Entscheidung abgegeben war, welche jedoch der eine oder der andere Theil beim Fortbestehen der aufgehobenen Entscheidung nicht anfechten konnte, weil es ihm an einem die Berufung begründenden Interesse fehlte —

wenn der Richter nach §. 345 (vgl. §. 420) verpflichtet ist, den Parteien Alles, was ihnen nach dem Ergebnisse der Verhandlungen zukommt und worauf sie nicht verzichtet haben, zuzuerkennen, wenn auch nur im Allgemeinen darum gebeten sein sollte, — so läßt sich ein solches Urtheil in der Berufungsinstanz gar nicht denken, ohne daß das Berufungsgericht sich neben den mündlichen Vorträgen der Parteien durch eines seiner Mitglieder ein Referat aus den Acten halten läßt. —

Denn die Parteien haben in ihren mündlichen Vorträgen in der Berufungsinstanz nur das Interesse und die Verpflichtung ein ganz allgemeines Bild von der Sache zu geben und ihre speciellen Beschwerden desto kräftiger und eindringlicher auszuführen.

Sollten alle Eventualitäten ausgemalt werden, welche das Begründetsein einer Beschwerde mit sich führen könnte, sollten alle in dem früheren Verfahren durch Vergleich, Eidesacceptation u. s. w. erledigten Streitpunkte hier nochmals hervorgehoben werden, so würde das viel mehr zur Verwirrung als zur Klarmachung führen. Durch die Menge der herbeigezogenen Nebenpunkte würde häufig die Hauptsache dunkel werden, in den Hintergrund treten. Bin ich recht berichtet, so hat unser höchster Gerichtshof von vornherein auch schon ein ähnliches Verfahren, vorher referiren zu lassen, eingeschlagen.*) Es wäre

*) Ein vorheriges Referat aus den Acten erster Instanz findet beim O.-A.-Gerichte nicht statt, wohl aber wird nach der öffentlichen

wünschenswerth, daß über die dort angewandte Praxis näheres bekannt würde, damit die Berufungsinstanzen der Obergerichte sich daran ein Vorbild nehmen könnten. In der Uebergangszeit namentlich, wo Sachen, die bisher im schriftlichen Verfahren behandelt wurden, in der Berufungsinstanz in die Unmittelbarkeit übertreten, ist ohne ein solches Referat gar nicht auszukommen. Eben so wenig wenn in Berufungsinstanz über das Resultat eines Beweisverfahrens gestritten wird. Der frühere Vice-Präsident des kleinen Senats bei dem O.-G. Nienburg hatte im letzteren Falle gewiß den zweckmäßigen Modus gewählt, daß er in öffentlicher Sitzung nach Analogie des §. 236 auf Grund der Protokolle über das Ergebniß der Beweisaufnahme referiren ließ, und den Parteien das Recht der Ergänzung und Berichtigung zugestand. Dadurch wurde der mündliche Vortrag, der sich nur zu leicht in ein Ablesen der Zeugenaussagen verliert, ungemein abgekürzt, indem die Parteien nun nur noch die Pointen hervorzuheben hatten.

Glaubt der Richter sich aber auch in der Berufungsinstanz lediglich an den mündlichen Vortrag der Parteien und an die Vorschrift des §. 101 halten zu müssen, so kann er der Verpflichtung die ihm §. 422 auferlegt, unmöglich nachkommen.

Dr. Oppermann.

Verhandlung durchweg von einem zuvor zur speciellen Behandlung der Sache designirten Mitgliede in der berathenden Sitzung ein Referat geliefert, das sich, namentlich bei denjenigen Sachen, in welchen nach altem Verfahren schriftliche Verhandlungen Statt gehabt, auch auf den relevanten Inhalt der Voracten erstreckt, selbst wenn dieser nicht in den mündlichen Parteivorträgen wiederholt sein sollte. Um aber in keiner Weise gegen das Princip der Mündlichkeit zu verstoßen, veranlaßt der Präsident wohl die Anwälte, ausdrücklich zu dem Zwecke auf die Voracten sich zu beziehen, damit das Gericht deren vollständigen Inhalt bei der Berathung zu benutzen keinen Anstand zu nehmen braucht. Ueberdies kommt es wohl vor, daß während der öffentlichen Verhandlung der mit den Acten ebenfalls bekannte Präsident die im mündlichen Vortrage übergangenen Momente, welche ihm oder dem designirten Referenten relevant erscheinen, zur Sprache bringt, die Erklärung der Parteien darüber fordert, oder das Behufige aus den Acten vorlesen läßt.

D. Red.

VII.

Zur Hannoverschen Strafproceß-Ordnung vom 8. November 1850.

1. Ueber Civilpartei und Adhäsion.

Vom Herrn Gerichtsassessor von Ompteda zu Göttingen.

Am 22. März d. J. hatte die Verhandlung des nachstehenden Polizeistraffalles ein zahlreiches Publicum vor der Strafkammer des Königlichen Obergerichts zu Göttingen versammelt. Derselbe dürfte sowohl in thatsächlicher als processualischer Beziehung von allgemeinem Interesse und der Mittheilung werth sein. Die Veranlassung desselben war folgende:

Die Pächter der Gemeindejagd zu Harste hatten im Januar d. J. eine schriftliche Anzeige bei dem Amtsgehülfen zu Bovenden gemacht, worin sie demselben mittheilten, daß der Revierförster R. zu Harste nebst mehreren Begleitern im Laufe des vorigen Winters in einem herrschaftlichen Forstorte, welcher zu dem Complexe ihres erpachteten Jagdreviers gehöre, einen Dachs ausgegraben und sich angeeignet habe. In dieser Schrift heißt es dann wörtlich: — „Diesen Jagdfrevel und Eingriff in unser erpachtetes Jagdrecht zeigen wir dem Herrn Amtsgehülfen an, zu dem Zwecke, damit derselbe als Staatsanwalt die geeigneten Schritte thue, damit die obengenannten Personen angemessen bestraft werden, wobei — auch unser Entschädigungs-Anspruch zur Sprache zu bringen sein dürfte. — —" In dem auf Antrag der Staatsanwaltschaft am 26. Januar d. J. anberaumten Termine waren die Bezüchtigten mit Ausnahme von zwei erschienen, des Erscheinens der Jagdpäch-

ter ist ausdrückliche Erwähnung nicht geschehen. Die Bezüchtigten räumten die Thatsache ein, behaupteten aber, dazu berechtigt zu sein nach dem Jagdgesetze vom 29. Juli 1850, da der fragliche Forstort Domanialeigenthum sei, welches von den „Denuncianten" zugestanden wurde. Ob und welche Anträge von irgend einer Seite gestellt sind, ist aus dem Protokolle nicht ersichtlich, und sind schließlich die Bezüchtigten freigesprochen, die „Denuncianten" aber auf Grund des §. 204 i. f. d. St.-P.-O. in die Kosten verurtheilt. Gegen diese Entscheidung hatten sämmtliche Jagdpächter rechtzeitig die Berufung erhoben, und waren in zweiter Instanz auf Antrag der Bezüchtigten noch zwei Zeugen von Königlicher Staatsanwaltschaft vorgeladen. Vor der Strafkammer waren Berufende und Bezüchtigte sämmtlich erschienen. Nach erfolgter Instruction der Sache, in welcher insbesondere noch die Thatsache hervortrat, daß zwei der Jagdpächter bei dem Ausgraben des Dachses zugegen gewesen waren, und einer von ihnen sogar selbst thätig Hand angelegt, auch seinen Hund auf den Dachs gehetzt hatte, stellte der Anwalt der berufenden Partei den Antrag: das Erkenntniß erster Instanz wieder aufzuheben, und die Bezüchtigten in eine Geldstrafe von 8 Rthlr., wie auch in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen, und stützte denselben darauf: 1. daß der Dachs kein Raubthier sei, insbesondere nicht nach der Absicht des Gesetzgebers, da er nicht schädlich sei, 2. daß, wenn auch der Mitbezüchtigte, R..., herrschaftlicher Revierförster zu Harste sei, dennoch die Verordnung vom 14. Januar 1853 ihn nicht zur Ausübung der herrschaftlichen Jagdgerechtsame berechtigen könne, weil der fragliche Vorfall vor dem Erlasse derselben Statt gefunden habe, außerdem diese Verordnung sich nur auf die Ausübung der Jagd durch Schußwaffen beziehe, 3. daß aus den Verhandlungen nicht hervorgehe, daß die Bezüchtigten mit einem Jagdscheine versehen gewesen seien.

Der Anwalt der Bezüchtigten hielt die Berufung: 1. für formell unzulässig, da die Berufenden nicht Civilpartei seien, 2. für materiell unbegründet, da der Dachs allerdings ein Raubthier sei — wofür er sich auf die Auktorität von Oken, Büffon und Hartig (im naturgeschichtlichen Handbuche für Jäger)

stützte. — Im Wesentlichen vertheidigte dieselbe Ansicht auch der Vertreter der Königlichen Staatsanwaltschaft, da den Jagdpächtern eine Berufung nicht zustehe, indem dieselben weder die öffentliche Klage erhoben, noch derselben als Civilpartei beigetreten seien und auch jetzt einen Civilanspruch nicht geltend gemacht hätten, abgesehen davon, daß diese Geltendmachung ungesetzlich sein würde. Es wurde beantragt, dieselben in die Kosten der Berufungsinstanz zu verurtheilen, außerdem adhärirte die Staatsanwaltschaft der Berufung und beantragte: die Verurtheilung der Jagdpächter in die Kosten der ersten Instanz aufzuheben, da eine solche nach §. 204 i. f. cit. nur die, hier nicht vorhandene, Civilpartei treffen könne.

Die Königliche Strafkammer gab darauf das nachstehende Urtheil ab:

„In Erwägung die Berufung für formell zulässig zu halten, indem im §. 207 der St.-P.-O. der Civilpartei die Berufung für den geeigneten Fall allgemein gestattet, mit Vorbehalt nur der ausdrücklich im Gesetze gemachten Ausnahmen, eine solche aber so wenig im §. 209 als sonst erfindlich ist, der Begriff einer Civilpartei dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß neben der öffentlichen Strafe ein Entschädigungsanspruch nicht existirt, oder nicht geltend gemacht wird, in Erwägung die Adhäsion der Königlichen Staatsanwaltschaft im vorliegenden Falle für zulässig nicht gehalten werden kann, weil eine Adhäsion nach § 207 (3), §. 212 nur dann Statt findet, wenn eine für die adhärirende Partei günstige Entscheidung dadurch herbeizuführen bezweckt wird, eine derartige der Königlichen Staatsanwaltschaft im Sinne des Gesetzes günstige Entscheidung aber von derselben nicht beantragt ist, in Erwägung sodann, die Hauptsache betreffend, zugestanden wird, daß der Königl. Domainen-Cammer das Eigenthum des s. g. Meierholzes über Harste zusteht, im §. 4 des Gesetzes vom 29. Juli 1850 dem Eigenthümer von Grundstücken die Befugniß beigelegt wird, auf denselben Raubthiere ohne Anwendung von Schußwaffen zu erlegen, der Dachs von den Naturforschern nach seinem Zahnbau allgemein zu den Raubthieren gerechnet wird, und ein von dem wissenschaftlichen Begriffe der Raubthiere gesetzlich verschiedener Begriff derselben nicht aufgestellt

ist, in Erwägung ferner den Denunciaten in ihrer Stellung als Forstbeamten die Verwaltung der Domanialforsten übertragen und der Verwalter eines fremden Grundstücks berechtigt ist, Namens und im Interesse des Grundeigenthümers alle Handlungen auf demselben vorzunehmen, welche als ein Ausfluß des Eigenthums dem Inhaber des Letzteren zustehen, resp. irgend einen Nutzen für denselben gewähren, in Erwägung endlich in dem Erscheinen der Denuncianten im Termine vom 26. Januar d. J. sowie darin, daß sie sich in demselben haben vernehmen lassen, ein Beitritt zu der von der Staatsanwaltschaft erhobenen öffentlichen Klage zu befinden, übrigens die beigetretene Civilpartei nach dem Schlußsatze des §. 204 der St.-P.-O. nur in die durch ihre Anträge, unter denen aber lediglich die nach ihrem Beitritte erhobenen, verstanden werden können, veranlaßten Kosten hätten verurtheilt werden dürfen, als wird die Adhäsion der Königl. Staatsanwaltschaft, sowie die Berufung der Civilpartei in der Hauptsache verworfen, der letzteren jedoch in Beziehung auf den Kostenpunkt soweit Statt gegeben, als die vom Königl. Amtsgerichte Bovenden im Allgemeinen erkannte Verurtheilung derselben in die Kosten der ersten Instanz auf diejenigen beschränkt wird, die etwa durch ihre im Termine vom 26. Januar gestellten Anträge erwachsen sind. Hinsichtlich der Kosten dieser Berufungs-Instanz ist es nicht für angemessen erachtet, eine Verurtheilung in dieselben eintreten zu lassen."

Sowenig die Richtigkeit dieser Entscheidung in der Hauptfrage zweifelhaft sein kann, so großen Zweifeln scheinen mir doch die ausgesprochenen strafproceßlichen Principien unterworfen zu sein, und ich will daher versuchen, indem ich den mitgetheilten Fall zu Grunde lege, dieselben einer näheren Beleuchtung zu unterziehen:

I. hinsichtlich des Wesens der Civilpartei,

II. hinsichtlich des Kostenpunktes,

III. hinsichtlich der Adhäsion.

I. Das Erkenntniß stellt das Princip auf: der Begriff einer Civilpartei wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß neben der öffentlichen Strafe ein Entschädigungsanspruch nicht existirt, oder nicht geltend gemacht wird. — Dieser Ansicht kann ich

nicht beipflichten, und behaupte vielmehr, daß durch die Nichtgeltendmachung eines Entschädigungs-Anspruchs der Begriff der Civilpartei, ja! für eine Privatperson, die Möglichkeit, überhaupt als Partei in einem polizeilichen Strafprocesse aufzutreten, gänzlich ausgeschlossen wird. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht rekapitulire ich zunächst die bezüglichen Stellen der Strafproceßordnung: Der Abschnitt V. des Buches I. handelt von der öffentlichen Klage, d. h. von dem Mittel, durch welches der Staat die begangene Gesetzesübertretung zur Strafe, zur Sühne bringt, dem verletzten Rechtsprincipe Genugthuung verschafft. Diese öffentliche Klage steht nach §. 37 in ihrem ganzen Umfange der Staatsanwaltschaft zu. Es folgen dann in den §§. 38, 39 und 41 — 49 weitläuftige und specielle Bestimmungen darüber, wie diese Behörde im einzelnen Falle zu verfahren habe. Nur im §. 40 wird mit kurzen Worten eine Ausnahme von der im §. 37 ausgesprochenen allgemeinen Regel hingestellt: „Bei Polizeiübertretungen steht auch dem Verletzten die Erhebung der öffentlichen Klage zu." Es ist bemerkenswerth, daß für diesen Ausnahmsfall sich weder ausdrückliche weitere Ausführungsbestimmungen in diesem Abschnitte vorfinden, noch auch die für die Erhebung der Klage durch die Staatsanwaltschaft gegebenen Bestimmungen einer analogen Anwendung auf die von Privatpersonen innezuhaltende Thätigkeit fähig sind. Es bleibt daher nur übrig, für diesen ausnahmlichen Fall sich auf die genaueren Vorschriften des Buches IV. von den Polizeiübertretungen zu stützen. Auch hier werden hinsichtlich der Erhebung der Bezüchtigung die Staatsanwaltschaft und die betheiligte Privatperson nicht als zwei neben einander bestehende gleichberechtigte Gewalten aufgestellt, sondern es handeln die §§. 199 — 203 ausschließlich nur von der Ersteren. Von der durch die Polizeiübertretung verletzten Privatperson ist zuerst im §. 204 die Rede, sie wird hier eingeführt unter dem Namen „Civilpartei." Der Verletzte kann der öffentlichen Klage beitreten als Civilpartei. Was hiedurch bewirkt werden kann und soll, spricht schon der §. 45 aus, indem er als zulässig, jedoch nur bei Polizeiübertretungen, erklärt: eine Verbindung der Civilklage des Be-

theiligten mit der öffentlichen Klage. Der §. 204 geht nun aber noch einen Schritt weiter und giebt, jedoch nur für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage nicht erhoben hat, der Civilpartei das Recht, den Bezüchtigten selbständig laden zu lassen, um hiedurch seine Verurtheilung, sowohl zur Strafe, als auch zum Schadensersatze zu bewirken. Es wird hieraus schon als leitender Gedanke der hervorleuchten, daß das Gesetz hat ein Auskunftsmittel geben wollen, um der verletzten Privatperson, für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft sich nicht veranlaßt finden sollte, die öffentliche Klage zu erheben, die Möglichkeit zu gestatten, in dem kurzen und summarischen Wege des Polizei-Strafverfahrens zur Befriedigung ihres civilrechtlichen Entschädigungsanspruches zu gelangen. Dieselbe Correlation der Begriffe „Civilpartei" und „Entschädigungsanspruch, Schadensersatz" findet sich durchgehends an allen späteren einschlagenden Stellen des Gesetzes, so §. 204. Abs. 4, 9. ferner im Buche V., wo der §. 207 der Civilpartei nur „geeigneten Falls" also ausnahmlich die Berufung zugesteht, welchen Fall der §. 209 ausdrücklich dahin bestimmt, daß diese Berufung „jedoch stets auch die über den Entschädigungs-Anspruch ergangene Entscheidung umfassen muß"; und außerdem noch die Beschränkung hinzufügt, daß der Zutritt einer Civilpartei, welche in erster Instanz nicht aufgetreten war, zu dem, bereits in zweiter Instanz sich befindenden Verfahren unstatthaft sei, während nach §. 209 Abs. 2. für die Staatsanwaltschaft, wenn die Civilpartei in erster Instanz allein aufgetreten war, gerade das Gegentheil verordnet ist. Die vorhin schon aufgestellte Behauptung, daß die Civilpartei niemals, auch wenn sie selbständig die öffentliche Klage erhebt, die Stelle der Staatsanwaltschaft vollständig vertritt, wird noch wesentlich dadurch unterstützt, daß der §. 134 ganz allgemein bei Strafe der Nichtigkeit in allen Verhandlungen vor den erkennenden Strafgerichten, Gegenwart der Staatsanwaltschaft erfordert, welche Vorschrift nach §. 199 ohne Zweifel auch für das Polizeistrafverfahren und zwar in derselben Allgemeinheit zur Anwendung kommen muß. (Vergl. diese Zeitschrift, Band III, Heft 1, S. 133.)

Zu eben dem Resultate, welches sich aus der Zusammenstellung dieser Gesetzesstellen ergeben wird, gelangen wir auch durch folgende Betrachtung: An und für sich hat nur der Staat als solcher ein Interesse dabei, daß eine begangene Gesetzesverletzung durch Strafe gesühnt und ausgeglichen werde, nie die einzelne Privatperson als solche. Der Bestohlene, der Betrogene, der Gemißhandelte hat wohl vollständigen Ersatz des durch den Diebstahl, den Betrug, die Mißhandlung entstandenen Schadens und Verlustes zu erwarten, nie aber hat er einen sittlich gerechtfertigten Anspruch darauf, daß der Thäter eine Strafe erleide. Sein Interesse an der Bestrafung kann nur aus Motiven der Rache, aus dem Wunsche, Gleiches mit Gleichem, Uebel mit Uebel zu vergelten, entspringen, ein solches Motiv würde ein unsittliches sein. Dieser Grundsatz ist denn auch in der weiteren Durchbildung der Strafrechtsprincipien mehr und mehr zur Geltung gekommen und hat z. B. zur Beseitigung der Popularklagen, der Privatstrafen des Delictes und noch in ganz neuester Zeit der Denunciantengebühren geführt; die Wahrung des Strafgesetzes vor dem Strafrichter wurde den Privaten genommen und dem Staate und seinen Behörden in die Hand gelegt. Daß es nach wie vor das Recht, mitunter auch die Pflicht der ersteren blieb, die letzteren durch Meldungen und Anzeigen von Verletzungen der Strafgesetze in Thätigkeit zu setzen und sie darin zu unterstützen, war und ist natürlich eine Nothwendigkeit, so lange ihnen die Allwissenheit mangeln wird. Im Allgemeinen hat mit dieser Thätigkeit, der Verfolgung der Verletzung des öffentlichen Rechts die damit häufig zugleich entstandene Verletzung von Privatrechten keine weitere Verbindung, und es steht die Verfolgung dieser letzteren dem Beschädigten vor den Civilgerichten frei, nur der Abkürzung halber und aus Billigkeitsgründen ließ man für diese Fälle eine Cumulation der actio poenae persecutoria und der actio rei persecutoria zu. Da die Erhebung der letzteren in diesem einfacheren und kürzeren Wege aber von der Erhebung der ersteren durch die Staatsbehörde bedingt ist, und sehr wohl Fälle denkbar sind, wo diese nach pflichtmäßigem Ermessen keine Veranlassung findet, thätig zu werden, die angeblich beschädigte Privatperson aber

dennoch glaubt, begründete Ansprüche geltend machen zu können, so ist man noch einen Schritt weiter gegangen und hat es alsdann dieser letzteren überlassen, selbständig und auf eigene Gefahr thätig zu werden. Diese Selbständigkeit muß aber immer eine sehr beschränkte bleiben und wird und kann nie die fortdauernde Einwirkung und Oberaufsicht der Staatsbehörde ausschließen. Diese Principien sind nun nach meiner Ansicht eben diejenigen, welche unserer Strafproceßordnung zu Grunde liegen. Ich knüpfe daher jetzt da wieder an, wo ich die Zusammenstellung der wesentlichen einschlagenden Bestimmungen derselben verlassen habe, und will versuchen, das gewonnene Resultat kurz zusammen zu fassen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung darüber, was man i. A. unter dem Ausdrucke „Civilanspruch" „Civilentschädigungsanspruch" versteht. Ganz in gleichem Sinne gebraucht auch die Strafproceßordnung im §. 45 ff. diese Ausdrücke, sie stellt ihnen als gleichbedeutend zur Seite den Ausdruck „Privatrechtsverletzung". Ganz in Uebereinstimmung damit steht die Mutter unseres Gesetzes, der code d'instruction criminelle in seinen Bestimmungen über die partie civile: Article 1. L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires, auxquels elle est confiée par la loi.

L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux, qui ont souffert de ce dommage.

Art. 2. — — l'action civile, pour la réparation du dommage. — —

Art. 63. Toute personne, qui se prétendra lésée par un crime ou délit, pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction — —

Faßt man diese und die oben angeführten Gesetzesstellen in ihrer Gesammtheit ins Auge, so scheint mir nicht wohl angenommen werden zu dürfen, daß Civilentschädigung und Civilpartei nicht in ihren Grundbegriffen vollständig gleichbedeutend sein sollten, daß das Gesetz vielmehr willkührlich den letzteren Ausdruck auch da angewendet habe, wo ein Civilanspruch, ein Entschädigungsanspruch entweder materiell oder doch

proceſſualiſch — durch Nichtgeltendmachung — nicht exiſtirt. Im entgegengeſetzten Falle würde es doch auch als eine auffallende und nicht zu vermuthende Willkürlichkeit erſcheinen müſſen, wenn der §. 205 bei Unzuſtändigkeitserklärung des Polizeirichters, weil ein peinlich zu ahndender Fall vorliege, das Ausſcheiden der Civilpartei vorſchreibt; denn iſt dieſer Begriff in dem bekämpften weiteren Umfange zu faſſen, ſo wäre doch nicht abzuſehen, warum die actio poenae persecutoria, bei oft ſo geringer Verſchiedenheit des Falls, der Privatperſon plötzlich entzogen ſein ſollte, während in der anderen Vorausſetzung dieſe Beſtimmung ſich eben dadurch rechtfertigt, daß man grundſätzlich bei peinlichen Fällen keine Cumulation beider Klagen geſtatten wollte. Man hat der von mir vertheidigten Anſicht hauptſächlich noch zwei Argumente entgegengeſtellt, zu deren Widerlegung ich mich jetzt kurz zu wenden habe: 1) Es ſei nicht zu verkennen, daß bei der Injurie der beleidigte Theil mehr als in jedem anderen Falle ein Intereſſe an der Beſtrafung des Beleidigers habe, hier fehle ihm aber ein Civilanſpruch, nachdem die äſtimatoriſche Klage beſeitigt ſei, er ſei alſo hier ganz dem Ermeſſen der Staatsanwaltſchaft in Verfolgung des ihm zugefügten Unrechts preis gegeben, wenn er nicht ſelbſtändig die öffentliche Klage erheben dürfe. Dieſer Einwurf ſcheint mir nicht ſtichhaltig. Einmal iſt er offenbar mehr legislatoriſcher Natur, als eine Waffe, mit der man auf dem gegebenen Boden eines poſitiven Geſetzes fechten kann, ferner iſt ſeine Vorausſetzung nicht richtig, indem für den Injuriaten in dem Anſpruche auf Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung, allerdings ein Civilanſpruch, ein civilrechtlich verfolgbarer Anſpruch erwachſen iſt, endlich aber will ich hier das nicht wiederholen, was ſich vom Standpunkte des Sittengeſetzes aus gegen die Berechtigung dieſes Intereſſes ſagen ließe und ſchon oben geſagt iſt. 2) Es ſei zu unterſcheiden zwiſchen der „Civilpartei“ und dem „Verletzten“. Dieſem letzteren geſtatte der §. 40 ganz allgemein die öffentliche Klage. Wenn hierunter diejenige Perſon verſtanden werden ſoll, in Beziehung auf welche zufällig das Vergehen verübt wurde, abgeſehen davon, ob ihre *Privatrechte* dadurch verletzt ſind, ſo iſt darauf zu erwidern: einmal, daß es doch wunderbar wäre, wenn dieſer Perſon größere Befugniſſe im Geſetze einge-

räumt wären, als der Civilpartei im richtigern Sinne, die nur dann die Klage hat, wenn sie zugleich einen Civilanspruch geltend macht, also die Befugnisse einer Privatperson zur Verfolgung eines Vergehens um so weiter ausgedehnt wären, je weniger sie selbst durch dieses Vergehen betroffen war; ferner daß der §. 40 an und für sich nur ein todter Buchstabe ist, nur ein Princip aufstellt ohne Handhabe zur Ausführung und daß auch im ganzen weiteren Verlaufe des Gesetzes für die Thätigkeit dieses „Verletzten", wenn er nicht identisch mit der Civilpartei ist, oder wenn man nicht etwa annehmen will, daß auf ihn, den umfassendern allgemeinern Begriff, die ausdrücklich nur für den speciellern Begriff der Civilpartei gegebenen Vorschriften stillschweigend mit zu beziehen seien, also das Allgemeine mit im Speciellen enthalten sei, sich keine einzige Vorschrift oder auch nur Andeutung findet, hier also eine großartige Lücke im Gesetze vorhanden sein würde. Diese Unterscheidung ist demnach nicht zu rechtfertigen. Meiner Ansicht nach liegt daher die Sache folgendermaßen, wenn man sich, was allerdings den bisherigen Erfahrungen nach sehr schwierig zu sein scheint, von den alten Begriffen des „Denuncianten" und „Denunciaten" losgerissen hat:

1) Jeder Staatsangehörige, also auch der durch ein Vergehen verletzte, hat das Recht, davon Anzeige bei der Staatsanwaltschaft zu machen. §. 38, 39.

2) Erhebt die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage, so tritt der Beschädigte derselben als Civilpartei bei, aber nicht bloß durch Erscheinen im Verhandlungstermine, und irgend welches Sichvernehmenlassen, sondern durch ausdrückliche protokollirte Willenserklärung binnen bestimmter Frist nach den Vorschriften des §. 204. Abs. 2.

3) Hat die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage nicht erhoben — was also erst entschieden werden muß — so erhebt die Civilpartei beide Klagen und nur beide Klagen zugleich.

4) Hat die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage erhoben, und ist ein Civilanspruch nicht auf rechtsgültige Weise geltend gemacht, so kann diejenige Person, gegen welche das Delict begangen war, nur als Zeuge am Processe Theil neh-

men (in welcher Eigenschaft sie natürlich der Regel nach zu beeidigen ist, nie aber selbständig Beweismaterialien nach der Weise der ehemaligen Denuncianten beizubringen hat).

5) Tritt sie in den obigen drei Eigenschaften nicht auf, so wird sie (und dieses sei der Vollständigkeit halber hier ebenfalls noch erwähnt) wohl nur in der Rolle eines nicht activen Zuschauers an der Verhandlung Theil nehmen können *).

Um nun auf das mitgetheilte Erkenntniß zurückzukommen, so hätte dasselbe meiner Ansicht nach dahin ausfallen müssen, daß die Jagdpächter, in der Weise, wie sie den Acten nach in erster Instanz aufgetreten sind, schon dort nicht zu hören gewesen wären, daß daher, theils aus diesem Grunde, theils aber auch abgesehen davon, nach Anleitung des §. 209 im ersten und letzten Absatze die Berufung als formell unzulässig hätte verworfen werden müssen.

II. Der ferner von mir aufgestellte Zweifelspunkt besteht darin, daß den Jagdpächtern gar keine der in erster Instanz erwachsenen Kosten zur Last zu legen gewesen wären. Das Gesetz kennt nur 3 Personen, welche möglicher Weise in die Kosten des Strafverfahrens verurtheilt werden; diese sind:

*) Als Resultat der abweichenden Ansicht ist Folgendes geltend gemacht:

1) bei allen Verbrechen, Vergehen, von denen Privaten direct betroffen worden, giebt es einen laesus oder mehre laesi.
2) der laesus kann wegen jedes politischen Vergehens die öffentliche Klage erheben, wenn es die Staatsanwaltschaft nicht thut.
3) nicht jeder laesus ist Civilpartei, er wird es auch dadurch nicht, daß ihm durch das Vergehen ein Vermögensnachtheil erwächst, sondern einzig dann, wenn er den ihm durch solche Schadenszufügung originirenden Civilanspruch neben der öffentlichen Klage, mag diese von ihm oder vom Staatsanwalt erhoben sein, im Polizeistraf-Verfahren verfolgt.

Die Proceßordnung bedient sich der Worte „Verletzter“ und „Civilpartei“ keineswegs promiscue. §. 204 sagt nicht: der Verletzte ist die Civilpartei, sondern er kann (natürlich nur, wenn er einen Civilanspruch hat) dem Staatsanwalt beitreten und durch den Beitritt heißt er dann Civilpartei.

1) der verurtheilte Bezüchtigte (§. 156, 199);

2) die Civilpartei, hinsichtlich aller durch ihre Anträge veranlaßten Kosten (§. 204 a. E.);

3) der Betheiligte, der durch Zurücknahme seiner Anzeige bewirkt, daß das Verfahren durch Rathskammerbeschluß eingestellt wird.

Stellt man sich nun auf den Standpunkt, daß hier von einer Civilpartei nicht die Rede sein kann, so ergiebt sich wohl als Selbstfolge, daß eine Verurtheilung der Jagdpächter in die Kosten des ersten Verfahrens sich nach dem Gesetze nicht rechtfertigt, indem diese wohl kaum unter eine andere als die Rubrik eines unbeeidigten und irregulair vernommenen Zeugen zu subsummiren sein möchten. Ebensowenig kann sich dann aber meiner Ansicht nach die in der Berufungsinstanz ausgesprochene modificirte Verurtheilung rechtfertigen. Ich gestehe übrigens zu, daß dieser Punkt an sich von untergeordnetem Interesse ist, und würde denselben auch hier nicht hervorgehoben haben, wenn es mir nicht erforderlich geschienen hätte, zum Verständnisse dessen, was ich zu

III. hier bemerken wollte. Die Anschließung an eine zur Hand genommene Berufung ist durch §. 212 auch der Staatsanwaltschaft gestattet, um hiedurch geeigneten Falles eine für sie günstige Entscheidung herbeizuführen*). Es wird sich fragen: welche Entscheidung ist eine für die Staatsanwaltschaft günstige zu nennen? Hier war beantragt, eine durch das Gesetz nicht gerechtfertigte Verurtheilung einer Person in die Kosten eines Verfahrens zu beseitigen. Im Allgemeinen wird es wohl nicht bestritten werden, daß eine für die Staatsanwaltschaft günstige Entscheidung eine solche ist, wodurch die von derselben zu verfolgenden Zwecke gefördert und verwirklicht werden. Welches aber dieser Zweck sei, das spricht der §. 38 aus: „Die Mitglieder der Staatsanwaltschaft — — haben — — von Amtswegen — — auch dar-

*) Ueberdies könnte man wohl auch darüber noch erhebliche Zweifel hegen, ob der §. über die Adhäsion bestimme, daß solche nur stattfinden könne, um ein für die Staatsanwaltschaft günstiges Resultat zu erzielen.

über zu wachen, daß Niemand schuldlos verfolgt werde.“ Es ist also nicht Zweck der Staatsanwaltschaft, daß möglichst viel verurtheilt, sondern daß in jedem Falle möglichst richtig geurtheilt werde. Diejenige Entscheidung also, wodurch das Letztere erreicht wird, ist die für die Staatsanwaltschaft günstigste. Nun darf allerdings nicht übersehen werden, daß das Gesetz von diesem allgemeinen Prinzipe, sowohl bei der Berufung, §. 207: „Es ist der Staatsanwaltschaft nicht gestattet, von diesem Rechtsmittel zum Besten des Angeschuldigten Gebrauch zu machen;“ und bei der Nichtigkeitsbeschwerde §. 215, 1 und 5 erhebliche Ausnahmen macht, indem dort allgemein, hier, wenn, das Interesse der Vertheidigung bezweckende, Formen des Verfahrens verletzt sind, und wenn über einen Antrag des Angeschuldigten nicht erkannt ist, es diesem selbst überlassen bleiben soll, die darauf zu stützende Nichtigkeit geltend zu machen. Aber meines Bedünkens stehen diese Bestimmungen der hier vertheidigten Ansicht nicht entgegen, denn: einmal sind sie Ausnahmen von einer allgemeinen Regel und als solche der ausdehnenden Anwendung nicht fähig, ferner ist die erste nur vorgeschrieben für die Berufung, nicht für die Anschließung an die jenseitige Berufung, und endlich trifft auch der für diese Bestimmungen zu Tage liegende legislatorische Grund auf den vorliegenden Fall durchaus nicht zu. Mag es auch immerhin richtig und zweckmäßig sein, es dem Angeschuldigten zu überlassen, in gewissen Fällen die Remedur der ihn beschwerenden Verfügungen selbst zu veranlassen, so hat man ihm doch auch die Mittel dazu in die Hand gegeben, während die Verurtheilung einer Person, die gar nicht Partei ist, der also auch gar keine Vertheidigung, kein Rechtsmittel zusteht, in die Kosten eines ihr gänzlich fremden Strafprocesses, allerdings wohl die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft erwecken muß, deren Zweck es ja eben ist, darüber zu wachen, daß Niemand mit Unrecht verurtheilt werde. Der Umstand endlich, daß dieses Unrecht hier zu Gunsten des Criminalkostenfonds begangen ist, könnte wohl nur von einem einseitig-fiskalischen Standpunkte aus als Gegengrund gegen meine Ausführung aufgestellt werden.

Es war demnach die Anschließung der Staatsanwaltschaft

in diesem Falle eine im Sinne des Gesetzes zulässige, die selbständige Berufung allerdings unzulässig, aber einzig und allein aus dem Grunde, weil hier eine, lediglich die Kosten des Verfahrens beziehende Entscheidung in Frage stand. —

---

2. Ueber das Verfahren auf Ausbleiben in der Berufungsinstanz gegen Urtheile der Strafkammern und Polizeistraferkenntnisse;

ein votum dissensus zu der im Magazin für Hannoversches Recht, Band III. Heft 1. Seite 154—159, vertheidigten Ansicht.

Vom Herrn Obergerichts-Assessor E. Schwarz zu Göttingen.

In dieser Zeitschrift loc. cit. wird der Satz aufgestellt:

„Falls der auf den Termin zur Verhandlung seiner Berufung gehörig geladene Berufende entbleibt, tritt nicht das in den §§. 160—166 der St.-P.-O. näher beschriebene gewöhnliche Verfahren auf Ausbleiben ein; sondern die Berufung wird ohne weitere Verhandlung, als formell unzulässig, verworfen; —

eine Entscheidung, die der Berufende nur durch zeitig erhobenen rechtsbegründeten Einspruch wiederum beseitigen kann."

Diesem Satze widerstreitet zunächst der §. 211 der St.-P.-O., welcher besagt: „das Verfahren vor dem Berufungsgerichte entspricht im Allgemeinen dem vor der Strafkammer zu beobachtenden; das heißt, alle Vorschriften für das Verfahren der ersten Instanz gelten für das der zweiten, so weit sie nicht durch besondere abändernde Bestimmungen des Gesetzes hier aufgehoben sind. Hinsichtlich des Verfahrens auf Ausbleiben enthält Buch 5 der P.-O. derartige Bestimmungen nicht, mithin muß dasselbe in der Berufungsinstanz in gleicher Maße, wie in der ersten eintreten, die §§. 160 seq. müssen als hinter dem §. 214 stillschweigend eingeschaltet betrachtet werden. Der H. Vertheidiger des obgedachten Satzes verkennt nun zwar nicht, daß der §. 211 ihm entgegenstehe, meint aber, der

§. müsse restringirt werden, weil nach der Natur der Sache und allgemeinen, unbedingt vom Gesetzgeber anerkannten Grundsätzen dieser den Eintritt des gewöhnlichen Verfahrens auf Ausbleiben in der Berufungsinstanz gar nicht gewollt haben könne.

Ich halte diese Argumentation für unstatthaft. Der §. 211 cit. ist völlig unzweideutig, ihm einen andern Sinn beilegen als den, welchen die Worte ergeben, heißt nicht das Gesetz interpretiren, sondern es meistern, und dazu ist meines Dafürhaltens der Richter selbst dann nicht befugt, wenn er vermeint, eine Bestimmung der Legislation stehe mit deren eigenen Principien im Widerspruch, oder führe zu absurden Consequenzen.

Wenn ich hienach einmal der Meinung bin, die von dem Herrn Verfasser der hier besprochenen Abhandlung aufgeworfene Frage sei durch die P.=O. bereits entschieden, oder richtiger abgeschnitten, kann ich andrerseits die gefundene Entscheidung selbst für richtig nicht anerkennen. Der H. Verf. stützt sich wesentlich auf folgende Gründe: „1. Zur Verhandlung, resp. Urtheilsfällung über eine Berufung bedürfen die Gegenpartei und das Gericht Kenntniß der Beschwerdepunkte, auf welche der Berufende sie basirt. 2. Diese Punkte darf der Richter dem entbliebenen Berufenden nicht suppliren, weil er sonst unbefugter Weise ex officio procediren, dem Berufenden aber sein Ungehorsam noch obendrein zum Vortheile gereichen würde. 3. Die analog anzuwendenden Bestimmungen über das Disciplinarverfahren gegen Anwälte und Richter sprechen für die Unzulässigkeit des gewöhnlichen Verfahrens auf Ausbleiben in der Berufungsinstanz." —

Keiner dieser Gründe scheint mir stichhaltig. —

Zu 1. Wenn der Berufende nicht erscheint, lernt das Gericht entweder durch den Vortrag des Berichterstatters allein, oder durch diesen und die wiederholte Beweisaufnahme die Lage der Sache, das Urtheil erster Instanz kennen. In dem factum der Einlegung der Berufung liegt die Behauptung des Berufenden — er sei durch das ergangene Urtheil gravirt — eine Behauptung, welche, da der Berufende das Rechtsmittel nicht zurückgenommen hat, als noch bestehend anzusehen ist

Unter ſolchen Umſtänden iſt das Gericht ſowohl veranlaßt, als auch im Stande, das frühere Erkenntniß zu prüfen, zu beſtätigen, zu Gunſten des Berufenden (im Fall einer Adhäſion auch zu Gunſten der Staatsanwaltſchaft) abzuändern, indem es ſich einfach die Fragen vorlegt: „iſt die dem Beſchuldigten zur Laſt gelegte That wirklich geſchehn? — iſt ſie im Geſetz mit Strafe bedroht? — erſcheint der Angeſchuldigte als überführt? — iſt gegen ihn mit Recht Strafe und zwar die wirklich verhängte erkannt? — ſind etwa Gründe da, welche das Verfahren erſter Inſtanz als ein nichtiges erſcheinen laſſen?“ u. ſ. f. Ebenſo gut wie trotz des Entbleibens des Berufenden eine richterliche Entſcheidung ſehr wohl möglich iſt, kann auch die Gegenpartei die Richtigkeit des angefochtenen Urtheils darthun und eine etwaige Adhäſion motiviren. Eine Vertheidigung des angefochtenen Urtheils und eine Entſcheidung des Berufungsgerichts ſoll aber im Fall der Contumaz des Berufenden nach Anſicht des H. Verfaſſers eventuell wenigſtens *rechtlich* unmöglich ſein, weil die P.-O., ausweislich der Regierungsmotive, in der zweiten Inſtanz keineswegs eine zweite Entſcheidung über einen bereits abgeurtheilten Straffall, ſondern nur eine ſolche über eine beſtimmte Berufung wolle. Mir ſcheinen die Motive durchaus nicht für die von mir bekämpfte Anſicht angeführt werden zu können.

Dieſelben gehen dahin:

Bei der nothwendig ſummariſchen Cognition vor den Polizei- und Correctionsgerichten muß es für die Parteien einen Weg geben, die Sache einer zweiten richterlichen Cognition zu unterwerfen, — daher das ordentliche Rechtsmittel der Berufung, durch welches eigentlich *die* Frage gelöſt werden ſoll: hat der Richter erſter Inſtanz nach dem, was ihm vorliegt, richtig entſchieden? eine Frage, die ſich freilich wegen der Natur des mündlichen Verfahrens mit Sicherheit nie wird beantworten laſſen — die prüfende Thätigkeit des Berufungsrichters iſt indeß an *die* Schranken gebunden, welche der ſtillſchweigend oder ausdrücklich kundgegebene Wille der Parteien ihr zieht — daher: keine Abänderung des nicht angefochtenen d. i. bei Einwendung der Berufung expresse eximirten Theiles des früheren Urtheils — daher, mit Ausnahme von Adhäſions-

und Nichtigkeitsfällen (cf. §. 213 der P.-O.) keine reformatio in pejus. Es ist gewiß richtig, daß in zweiter Instanz nur über die Berufung, über die Frage entschieden werden soll: ist der Berufende gravirt? — daß aber die Berufung eine bestimmte, durch Angabe besonderer Beschwerdepunkte gestützte sein müsse, dafür sprechen die Motive so wenig, als das Gesetz; ja noch mehr, das Gesetz spricht dagegen. —

Der Herr Verfasser fordert die Präsenz des Berufenden hauptsächlich deshalb, damit derselbe seinen gegen das Urtheil erster Instanz bisher nur angezeigten (?) Angriff jetzt wirklich vornehme, damit er die Beschwerdepunkte angebe und so die weitere Verhandlung ermögliche.

Die P.-O. schreibt indeß ausdrücklich wenigstens nirgend vor, daß der erschienene Berufende zu einer solchen Erklärung angehalten werden soll. Das Verfahren ist vielmehr folgendes: Zuerst Vernehmung des Angeschuldigten über die Personalien — dann Vortrag des Berichterstatters, welcher den Stand der Sache darlegt. (Wären einzig die Beschwerdepunkte Basis der Verhandlung, so würde deren Angabe diesem Vortrag vorangehen müssen.) Hierauf wird der Angeschuldigte vernommen. (Das heißt, er wird, wie in der ersten Instanz, über die ihm zur Last gelegte That befragt, davon, daß er, oder sein Defensor die Berufung rechtfertigen, oder die gravamina angeben solle, ist nicht die Rede.) Weiter ist nach §. 211 ebenso zu procediren, wie die §§. 136, 137 seq. der P.-O. dies vorschreiben, mithin folgt die Beweisaufnahme und danach das Deductionsverfahren, die Vorträge der Parteien in der Reihenfolge, welche §. 137 angiebt. Dieser ausdrücklich vorgeschriebene Gang des Berufungsverfahrens zeigt, wie dasselbe allerdings eine nochmalige Verhandlung des Straffalls sein soll, unternommen freilich, um den Richter zu der Entscheidung zu befähigen, ob der Berufende beschwert sei. Die Bestimmung, daß der Staatsanwalt auch in der Berufungsinstanz zuerst das Wort erhält, um das Ergebniß der Verhandlungen zu prüfen und, falls nicht etwa seine Ueberzeugung ihm dies verbietet, das Erkenntniß erster Instanz zu vertheidigen, beweist, wie das Gesetz schon in der Einlegung der Berufung eine Anfechtung des Urtheils erblickt. Der §. 213 endlich, welcher

das Berufungsgericht in Nichtigkeitsfällen zur Cassation des früheren Verfahrens, resp. Erkenntnisses und Abgabe eines neuen Urtheils ermächtigt, ohne zu fordern, daß der Berufende den Nullitätsgrund in Bezug genommen habe, (cf. dagegen §. 218 Abs. 1 der P.=O.) widerlegt die Meinung, es sei dieses Gericht irgendwie an die Gründe, worauf die Berufung gestützt wird, gebunden.

Zu 2. Wenn in der Berufungsinstanz ein Verfahren auf Ausbleiben stattfände, würde der Richter dem Berufenden etwas suppliren, eine unbefugte Officialthätigkeit entwickeln, zu der jeder Anstoß fehlte. Auch diese Behauptung des H. Verf. halte ich nicht für richtig.

Die Staatsanwaltschaft extrahirt den Termin zur Verhandlung über die Berufung, ladet auch den Berufenden, geeigneten Falls die Civilpartei und die etwa nöthigen Zeugen, oder Sachverständigen vor. Sie giebt dem Berufungsgerichte den Anstoß, thätig zu werden und bedarf, um dies zu thun, nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift, für sich keines andern Anstoßes, als der Einlegung der Berufung. Im Termine selbst hat das öffentliche Ministerium stets ein Interesse, die Entscheidung in materialibus zu veranlassen, denn die zeitig eingelegte, weder abgeurtheilte, noch zurückgenommene Berufung suspendirt die Rechtskraft, mithin die Vollstreckbarkeit des Urtheils. Eine stillschweigende Zurücknahme der Berufung kann man in dem Ausbleiben des Berufenden nicht finden, zumal man nicht zu wissen vermag, ob dasselbe ein absichtliches, oder ein unfreiwilliges ist. Dazu kommt, daß in vielen Fällen die Staatsanwaltschaft die Verhandlung der Sache wünschen wird, um der eingelegten Berufung adhäriren zu können. Das Berufungsgericht hat dem entbliebenen Berufenden nichts zu suppliren: die Berichterstattung, die etwaige neue Beweisaufnahme, beide von der Staatsanwaltschaft veranlaßt, bieten das factische Material, das Gesetz muß der Richter kennen und anwenden, wenn auch die Parteien es nicht allegiren, die Thätigkeit des Berufungsrichters ist nichts als eine applicatio juris ad factum, welche nur dadurch eine begränzte Richtung erhält, daß sie durch die Behauptung des Berufenden, er sei durch das erste Erkenntniß gravirt, veranlaßt ist.

Der Herr Verf. meint ferner, man würde den ungehorsamen Berufenden begünstigen, wenn man das gewöhnliche Verfahren auf Ausbleiben zuließe, indem er dann durch bloße Einlegung der Berufung, ein Urtheil in Frage stellen könnte, das die Gegenpartei durch eine mühevolle Thätigkeit erwirkt habe. Dies aber sei gegen die Natur der Contumaz. Der H. Verf. vergleicht, um die Begünstigung eines lässigen, ungehorsamen Angeschuldigten nachzuweisen, diesen mit einer vigilanten Staatsanwaltschaft, oder Civilpartei. Eine Parallele, die gar nicht gezogen werden darf. Das Verfahren auf Ausbleiben würde für die Berufungsinstanz nur dann aus dem Wesen der Contumaz bekämpft werden können, wenn es den Entbleibenden günstiger stellte, als den Erscheinenden. Dies ist indeß nicht der Fall, denn der ungehorsame Berufende verliert ja die Möglichkeit, seine Berufung mit Gründen zu stützen, die etwaigen Adhäsionsanträge zu widerlegen, mithin ist er gegen den erschienenen im Nachtheil.

Zu 3. Die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Disciplinarverfahren gegen Anwälte und Richter, erscheint schon um deswillen bedenklich, weil das speciellere Gesetz zur Auslegung des allgemeineren herangezogen werden soll, noch mehr aber aus dem Grunde, weil das Berufungsverfahren in Disciplinarsachen ein specifisch anderes ist, als in leichten Straffällen und Polizeisachen. In Disciplinarsachen findet nämlich in der zweiten Instanz eine ganz neue Verhandlung in der Sache selbst nicht Statt, es muß vielmehr nach dem Vortrage des Berichterstatters zuerst der Berufende seine Beschwerden ausführen. Diese Vorschrift, welche wie schon bemerkt, die St.=P.=O. nicht enthält, erklärt es, daß das Ausbleiben im Berufungstermine bei Disciplinarsachen jene abnorme Folge hat und haben muß.

Abgesehen von dem, was ich bis jetzt zur Widerlegung der Gründe vorgetragen habe, auf welche der Hr. Verfasser sich stützt, stehen seiner Ansicht noch zwei selbständige, erhebliche Bedenken entgegen.

a. Der Hauptgrund, aus welchem der Hr. Verfasser ein eigentliches Verfahren auf Ausbleiben in der Berufungsinstanz nicht gestatten will, ist der, daß ohne Angabe der Beschwerdepuncte seitens des Berufenden eine Verhandlung über die materialia caussae weder factisch noch rechtlich möglich sei. Gesetzt dies ist richtig, was soll in dem Fall geschehn, wo ein berufender Angeschuldigter zwar erscheint, indeß entweder überhaupt, oder doch auf die Frage, worauf er die Berufung stützen wolle, die Antwort weigert? Die P.=O. verbietet die Androhung von Strafen um einen Beschuldigten zum Antworten zu bringen, die poena confessi ist nur in Polizeistraffachen vorgeschrieben. Wie sollte also das Berufungsgericht in einem solchen Fall verfahren? Sollte es etwa auch bei leichten Strafsällen den renitenten Beschuldigten der Berufung für verlustig erkennen, weil eine Entscheidung über sie nach der Natur der Sache nicht abgegeben werden könnte? Nach Ansicht des Hrn. Verfassers müßte so erkannt werden und in die gleiche Nothwendigkeit würde das Gericht auch dann gerathen, wenn der nicht vertheidigte Beschuldigte, außer Stande, die Berufung näher zu begründen, einfach erklärte: „ich fordere, daß das Erkenntniß erster Instanz aufgehoben werde, weil es ungerecht ist."

b. Dadurch, daß der Beschuldigte die Berufung zur Hand nimmt, d. h. einlegt, erhält die Staatsanwaltschaft das Recht der Adhäsion, ein Recht, das ihr nur dadurch entzogen werden kann, daß der Beschuldigte das Rechtsmittel zurücknimmt. Das Ausbleiben des Berufenden ist der Zurücknahme des Rechtsmittels nicht gleich zu achten, mithin würde bei dem regulären Verfahren auf Ausbleiben die Staatsanwaltschaft ihre Adhäsionsanträge formiren und, falls sie begründet sind, durchsetzen können. Schließt man aber dies Verfahren aus, so wird ihr nothwendig das Recht zu adhäriren entzogen, der Ungehorsam der einen Partei gereicht der andern zum Nachtheil. Solche Folge aber dürfte in Wahrheit dem Wesen der Contumaz widerstreiten.

Nach diesem Allem wird das reguläre Verfahren auf Ausbleiben meines Dafürhaltens auch in der Berufungsinstanz eintreten müssen, weil unsere St.=P.=O. dies unzweideutig vor=

schreibt, und weil die Ansicht, welche das Verfahren ausschließen will, weder durch die Natur der Sache, noch durch allgemeine Rechtsgrundsätze zu rechtfertigen ist, dagegen aber in ihrer Anwendung zu bedenklichen Consequenzen führen würde.

---

3. Zum §. 120 der Strafproceßordnung.

Wenn die Anklagekammer des O.=A.=G. bei Verweisung eines Straffalles vor den Schwurgerichtshof von der durch §. 120 der St.=P.=O. a. E. der Rathskammer zunächst beigelegten, aber auch nach §. 124 a. E. der Anklagekammer zustehenden Befugniß Gebrauch macht und die Untersuchung eines concurrirenden leichten Straffalles desselben Angeschuldigten einstweilen bis zur Erledigung der durch den schweren Straffall veranlaßten suspendirt; wenn nun hiernächst nach Freisprechung des Angeklagten im schwurgerichtlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme der Untersuchung wegen des leichten Straffalls beantragt, so ist dieser Antrag nicht an die Anklagekammer des O.=A.=G. zu richten, sondern an die Rathskammer des O.=G., die regelmäßig nach Bestimmung der §§. 113, 117, 120, 126 zur Wiederaufnahme der Untersuchung competent ist, während die frühere Verfügung der Anklagekammer darin Nichts ändert, noch weniger aber die Grundsätze der §§. 221 ꝛc. über Wiederaufnahme des Verfahrens nach bereits abgegebenem Enderkenntnisse des Strafgerichts auf diesen Fall zutreffen. Diese Grundsätze hat der Criminal=Senat des O.=A.=G. in U.=S. wider Kirchner am 6. Juli 1853 ausgesprochen, von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß es bei der zu verfügenden Wiederaufnahme der Untersuchung nicht auf eine Beseitigung des frühern Beschlusses der Anklagekammer, die ihrerseits durch denselben die Sache vollständig erledigt habe, ankomme, sondern auf Wahrnehmung der Zuständigkeit der Rathskammer für den in jenem Beschlusse genannten und jetzt wirklich eingetretenen Fall.

v. K.

VIII.

Bericht aus den Sitzungen des Schwurgerichtshofes zu Hildesheim vom zweiten Quartale 1853.

Vom Hrn. O.=G.=Secretair Dr. Pelizäus zu Hildesheim.

Erst seit dem 1. October 1852 ist im Königreich Hannover das vorher nur kurze Zeit als provisorisch bestandene mündlich-öffentliche Verfahren mit Geschworenen ein definitives geworden. Bei der Neuheit und großen Wichtigkeit des Geschworenen-Instituts, welches fortwährend das regste Interesse der Juristen, wie nicht minder der Laien in Anspruch nimmt und nach allen Seiten hin seine belebende Kraft äußert, dürfte es daher wohl gerechtfertigt erscheinen, wenn auch in dieser Zeitschrift hin und wieder über eine ganze Sitzungsperiode nähere Mittheilungen gemacht werden, und zwar sowohl hinsichtlich der Präsidialleitung und der zur Entscheidung gekommenen Streitfragen als auch in Betreff Alles dessen, was sonst etwa ein besonderes Interesse darbieten möchte. Nachstehender erster kleiner Beitrag aus der jüngsten Praxis des Schwurgerichtshofes zu Hildesheim möge dazu Veranlassung geben. In dem zweiten Quartale d. J. kamen dort 12 Straffälle zur Verhandlung, welche volle drei Wochen in Anspruch nahmen. Als Präsident fungirte der O.=G.=Dir. Martin aus Osterode und als dessen Stellvertreter der hiesige O.=G.=V.=Dir. Wyneken (M. in den Fällen 1. 2. 3. 6. 8. 11; Wy. bei 4. 5. 7. 9. 10. 12.). Der Erstere hielt an die versammelten Geschworenen folgende Ansprache:

„Meine Herren! Wir sind hier versammelt im Namen des Gesetzes, um eine ernste Pflicht zu erfüllen. Da der Mensch

ein zwar mit Vernunft begabtes, aber auch von Sinnlichkeit geleitetes Doppelwesen ist, so muß zur Ermöglichung des Zusammenlebens im Staate eine Gewalt bestehen, die ihm den Zwang auferlegt, bei seiner Handlungsweise die sinnliche Natur in soweit zu bekämpfen, daß das Rechtsgebiet Anderer unangetastet bleibt. Wo der einfache Zwang zur Anerkennung fremder Rechte und Erfüllung obliegender Verbindlichkeiten in Hinblick auf den Staatszweck nicht genügt, ergiebt sich für die gesetzgebende Gewalt die Nothwendigkeit der Strafdrohung, und die Verhängung der gesetzlichen Strafe wider den schuldigen Uebertreter ist das Attribut der Gerichte. Die Function des Strafverfahrens zerfällt in die Untersuchung und Beurtheilung des Falles. Als Vorbedingung beider hat in neuester Zeit das Anklageprincip und für die Untersuchung im Hauptverfahren gleichwie in Betreff der Verkündung des Urtheils die Unmittelbarkeit und Oeffentlichkeit Geltung erlangt, während alle die Hauptverhandlung vorbereitenden Schritte nebst der Urtheilsfindung dem Geiste jenes veränderten Verfahrens zwar zu accommodiren waren, aber Letzterm doch nicht assimulirt werden konnten. Rücksichtlich der Findung des Urtheils lassen sich wiederum zwei richterliche Thätigkeiten unterscheiden, die wir als die Schuld- und Straffrage bezeichnen. Im schwurgerichtlichen Verfahren ist jene den Geschworenen, diese den rechtsgelehrten Richtern überwiesen. Die Schuldfrage umfaßt — von besonderen durch gesetzgeberische Politik begründeten Ausnahmen abgesehen — nicht allein die reine Thatfrage, so daß allemal die äußere Handlung oder Unterlassung, welche den Gegenstand der Anklage gegen eine bestimmte Person bildet, mit den begleitenden Umständen und der Wirkung als eine Handlung oder Unterlassung eben dieser Person hervorgetreten sein muß, sondern auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit für solche That, jedoch nur insofern, daß insbesondere die Entscheidung über den rechtswidrigen Vorsatz oder Fahrlässigkeit, über die Zurechnungsfähigkeit überhaupt, über etwaige Nothwehr und andere, die Strafbarkeit ausschließende Gründe, insoweit sie auf thatsächliche Verhältnisse Bezug haben, lediglich dem Urtheile der Geschworenen anheimfallen. Dieser Wahrspruch bildet die unverrückbare Grundlage für die Straffrage, die aber andererseits

innerhalb ihres Bereichs ebenfalls eine selbständige ist. Sie bestehet in der Anwendung des Strafgesetzes auf den durch das Verdict gegebenen Fall und begreift daher zunächst und hauptsächlich die Frage: ob und welches Strafgesetz dadurch übertreten sei? Gleichwie indessen die Strafe für ein ermitteltes Verbrechen in der Regel je nach der Gefährlichkeit der That und des rechtswidrigen Willens höher oder geringer bemessen werden muß, so gebührt auch die Bestimmung dieser relativen Strafbarkeit dem rechtsgelehrten Richter, welchem in Ansehung der s. g. Strafzumessungsgründe sogar die Beurtheilung der Thatfrage mit anvertraut ist. Ein Gleiches gilt von denjenigen Straferhöhungs- und Milderungsgründen, die in den Gesetzen nur unter allgemeiner Bezeichnung ohne bestimmte Begrenzung durch thatsächliche Momente anerkannt sind. Ihr Urtheil, meine Herrn Geschworenen, muß sich auf die Ihnen zu stellenden Fragen beschränken; es soll hervortreten als das Ergebniß Ihrer eignen gewissenhaften Prüfung aller im Laufe der mündlichen Verhandlung für und wider den Angeklagten vorgebrachten Beweise. Sie werden daher vorurtheilsfrei und mit gespannter Aufmerksamkeit dem Gange der Verhandlung folgen. Wo Ihnen die Beweisaufnahme dunkel oder mangelhaft erscheint, können Sie durch Nachfrage bei dem Angeklagten und den Urkundspersonen Aufklärung und Ergänzung bewirken. Ich erwarte dagegen mit voller Zuversicht, daß Sie das von der Staatsgewalt und den Mitbürgern in Ihre Erfahrung, Einsicht und Pflichttreue gesetzte Vertrauen in jeder Beziehung rechtfertigen, mithin ohne feste Ueberzeugung kein Schuldverdict, aber auch andererseits Ihre Ueberzeugung von der Schuld aus keinerlei Rücksicht gefangen geben werden. Denn die Handhabung der Gerechtigkeit ist der Grundpfeiler aller staatlichen Ordnung. Damit erkläre ich nunmehr das hiesige Schwurgericht des zweiten diesjährigen Quartals für eröffnet!"

1) Der erste Fall betraf die Anklage wider die unverehelichte Brönnecke wegen Kindesmordes. Im Laufe der Verhandlung beantragte der Staats-Anwalt die Verlesung von Actenstücken in Betreff von Umschlägen, welche die Angeklagte früher gehabt, und wobei Verdacht des Gebrauchs von Abortivmitteln obgewaltet; hierdurch würde ihre Persönlichkeit beurtheilt

werden können. Der Vertheidiger erklärte sich dagegen, weil dieserhalb zwar Beschuldigung miterhoben gewesen, diese jedoch durch einen Außerverfolgsetzungsbeschluß erledigt sei. Das Gericht entschied: für jetzt sei keine Veranlassung vorhanden, dem Antrage stattzugeben oder hierunter Fragen an die Angeklagte zu richten. Am Schlusse der Zeugenvernehmung ward aber dem wiederholten Antrage deferirt, weil in dem vorliegenden Falle die Angeklagte behauptet, sie sei auf einem Wege durchs Holz von einem ihr unbekannten Manne genothzüchtigt worden, auch dieselbe solches schon hinsichtlich eines ihrer früheren Schwangerschaftsfälle vorgegeben hatte.

In der Rede des Vertheidigers war die Behauptung aufgestellt worden, daß das fragliche Kind in der Nothzucht erzeugt sei; hievon nahm der Präsident Veranlassung, in seinem Resume hervorzuheben, daß diese Frage nur vom Gerichte in Betracht zu ziehen sei, weil sie keinen Strafmilderungs- sondern einen Strafzumessungsgrund involvire.

Die bei der Verhandlung der Sache ausgeschlossen gewesene Oeffentlichkeit ward, auf Beschluß des Gerichts, wiederhergestellt, als der Staatsanwalt den Strafantrag formirte. Der Vertheidiger beantragte, daß auch die fragliche Nothzucht bei Bestimmung des Strafmaßes in Betracht gezogen werde. Im Urtheile ward der von den Geschworenen angenommene Umstand, daß der Entschluß zur Tödtung des Kindes erst während der Geburt gefaßt sei, in mildernde Berücksichtigung gezogen, dagegen die behauptete Erzeugung des Kindes aus Nothzucht oder Schändung nicht angenommen. Strafe acht Jahre Zuchthaus ersten Grades.

2) Wider Froböse wegen Brandstiftung. Dieser Fall giebt zu weitern Bemerkungen keine Veranlassung; übrigens kann noch erwähnt werden, daß der Angeklagte anfänglich einen hiesigen Auditor zum Vertheidiger bestellt hatte, diesem ward aber dazu vom Gerichtsvorsitzenden (auf Grund §. 73 der Str.-Pr.-O.) die Erlaubniß nicht ertheilt. In der Sache selbst erfolgte ein freisprechendes Urtheil.

3) Wider Howind wegen Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge. In dieser Sache wurden folgende Fragen an die Geschwornen gerichtet: Fr. 1. Hat der Angeklagte in der Nacht

vom 7. Februar d. J. auf dem Tanzsale des Gastwirths H. zu M. den Schäfer C. Steins aus B. durch Treten oder Stoßen in den Unterleib gemißhandelt und dadurch dessen am 9. Februar erfolgten Tod bewirkt? — Fr. 2. (eventuell im Falle der Bejahung ad 1.) Befand sich der Angeklagte während dieser Mißhandlung im Zustande einer solchen Verwirrung der Sinne, worin er seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit sich nicht bewußt sein konnte, oder welcher die Willkür im Handeln gänzlich aufhob? — Fr. 3. (eventuell im Falle der Bejahung ad 2.) War dieser Zustand der Sinneverwirrung vom Angeklagten verschuldet? — Fr. 4. (eventuell im Falle der Verneinung ad 2.) Ist Angeklagter schuldig, die in der Fr. 1. bezeichnete Mißhandlung vorsätzlich begangen zu haben? — Fr. 5. Hat der Angeklagte in der Hitze des Affects gehandelt? — Fr. 6. Hat der Angeklagte im Zustande entschuldbarer Trunkenheit gehandelt? —

Der Wahrspruch ging dahin: ad 1. Ja, ad 2. Nein, ad 3. Fällt aus, ad 4. Nein, ad 5 und 6. Ja. In Folge dieser Beantwortung war das Gericht der Ansicht, daß ad 4 nicht zu ersehen sei, ob die Bedeutung der Frage richtig aufgefaßt sei oder die Geschworenen sich darunter geirrt hätten. Die letzteren mußten, nachdem der Präsident Sinn und Bedeutung der Fragen nochmals erläutert hatte, anderweit sich zurückziehen und erklärte sodann ihr Obmann in feierlicher Form: die Beantwortung der Frage sei ganz dieselbe geblieben, wie bereits verlesen, bis auf die Frage 4. welche jetzt mit Ja beantwortet sei.

Auf Grund des Wahrspruchs erkannte der Gerichtshof nur eine zweijährige Arbeitshausstrafe (Art. 241. 242, I. B. 244, III. des Cr.=G.=B.).

4) Wider Diekmann wegen Betruges und Diebstahlsversuchs. Hierbei ist nur hinsichtlich der Fragstellung zu bemerken, daß die Vertheidigung noch eine besondere Frage darüber beantragte, ob ein beendigter oder nicht beendigter Diebstahlsversuch vorliege. Das Gericht verwarf den Antrag. Da das Schuldig den Versuch eines ausgez. Diebstahls 2. Classe zum wahrscheinlichen Betrage von 40 — 50 ℳ, sowie einen ausgez. Betrug 2. Classe zum Werthbetrage von 1 ℳ 16 ℊ involv-

virte, so erkannte das Gericht, in erschwerender Berücksichtigung der zum dritten Male eingetretenen Rückfälligkeit, eine 3½jährige Zuchthausstrafe 1. Grades.

5) Wider Brandes wegen Diebstahls. Mit dieser Anklagesache hatte es folgende eigenthümliche Bewandtniß. Der genannte Brandes, ein Schuhmachergesell, war gegen Ende Februar d. J. von der hies. Strafkammer wegen Diebstahls gegen seinen Meister zu 8 Wochen, und gleich darauf, weil er gegen letzteren im Gerichtslocale Schimpfreden geführt hatte, zu 4 Wochen Gefängnißstrafe verurtheilt worden. Derselbe behauptete, damals ungerecht beschuldigt und verurtheilt zu sein; und, kaum im Gefängnisse angekommen, versicherte er dem Vorstande desselben mehrfach, diese Strafe müsse er ungerecht leiden, er habe aber etwas Anderes gegen seinen Meister verübt und wolle, da er „einmal geschändet" sei, ein reumüthiges Geständniß ablegen. Auf sein Verlangen machte der Gefängnißvorstand nähere Anzeige bei der Staats-Anwaltschaft und diese erhob danach die Beschuldigung. Ungeachtet sodann der Untersuchungsrichter den Brandes besonders darauf aufmerksam machte, daß ihn möglicherweise mehrjährige Zuchthausstrafe treffen könne und er daher seine Aussage wohl überlegen möge, wiederholte er sein Geständniß (verschiedene mittelst Dietrichs ausgeübte Diebstähle) unter Angabe aller Einzelheiten und blieb dabei während der ganzen Voruntersuchung. Erst als ihm der Verweisungsbeschluß der Rathskammer eröffnet ward, nahm er die Selbstanklage als unwahr zurück, vorgebend, dazu durch einen andern Gefangenen verleitet zu sein. Bei der schwurgerichtlichen Verhandlung versicherte der Angeklagte, durchaus nichts entwendet zu haben; er habe die falsche Angabe nur gemacht, weil er geglaubt, er würde nun hierüber sowohl wie auch hinsichtlich der früheren Beschuldigung vor das Schwurgericht gestellt werden, und hier über Alles seine völlige Unschuld darthun können. Von Rechtsmitteln gegen das Urtheil der Strafkammer will er nichts gewußt haben (sein früherer Vertheidiger ward sofort geladen und vernommen). — Die Vertheidigung beantragte ein Nichtschuldig, weil der objective und subjective Thatbestand nicht erwiesen, der Widerruf für begründet zu erachten sei. Die Geschwornen bejahten ein-

fach die Schuldfrage. Das Urtheil lautete — wegen eines in erster, und zweier in 1. und 2. Cl. ausgezeichneter, jedoch als fortgesetztes Verbrechen zu betrachtenden Diebstähle (Werth etwa 3 ℛ) — auf 3¼ Jahr Zuchthaus-Strafe ersten Grades.

6) Wider Kirchner und Genossen wegen Diebstahls, bez. Beihülfe und Begünstigung. Einem der der Begünstigung Mitangeklagten ward erst nach seiner Vernehmung, auf dessen Wunsch, ein Vertheidiger sofort beigeordnet.

Hinsichtlich der Fragenstellung beantragte die Staatsanwaltschaft Streichung der Frage 4. „Hat der ꝛc. Kirchner mehr aus Uebereilung, Leichtsinn, Genußbegierde und jugendlicher Hitze, als aus Bosheit, Rachsucht und Ueberlegung gehandelt?" Das Gericht entschied für Beibehaltung der Frage. Nach Maßgabe des von den Geschworenen abgegebenen Wahrspruchs wurden 3 Angeklagte zu verschiedenen Strafen verurtheilt, der vierte, Carl Thiele jedoch, weil eine „Beihülfe zur Begünstigung" mit Strafe nicht bedroht sei,*) kostenlos freigesprochen.

---

*) Darüber läßt sich streiten. Die Anklagekammer des O.-A.-G. war der Ansicht, daß der Beschuldigte Carl Thiele durch Theilnahme an dem Verbergen eines gestohlenen Ofens entweder die Diebe selbst begünstigt habe, oder, wenn dies nicht hinreichend indicirt war, doch der vom Mitschuldigen Oppermann angeordneten strafbaren Beiseitschaffung der gestohlenen Sache und dadurch bewirkten Begünstigung Beihülfe geleistet habe. — Nach Art. 6 des Crim.-Ges.-Buchs ist auch die Begünstigung eines Diebstahls ein Verbrechen; warum soll nicht Strafe jeden Gehülfen treffen, da der Art. 66 des Crim.-Ges.-Buchs keineswegs die Strafe auf die Beihülfe zum Hauptverbrechen beschränkt. —

Die fragliche Strafsache hatte noch in andrer Beziehung bei der Berathung der Anklagekammer zu entschieden ausgesprochener Meinungsverschiedenheit Anlaß gegeben. — Der erwähnte Mitschuldige Oppermann hatte beim Ausleihen auf Pfänder durch Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaaßes Wucher begangen, und würde, da keine Verkleidung des Wuchers Statt gehabt hatte, (C.-G.-B. Art. 313) nur mit der Strafe des Polizeistrafgesetzes von 1847, §. 287 zu belegen gewesen sein, wenn ihm nicht gar die Bestimmung des §. 290 daselbst zur Seite stand, daß §. 287 auf Darlehen an wechselfähige Personen keine Anwendung leide, und er so völlig straflos ausgehn mußte. — Wiewohl der Gesetzgeber beim Erlaß des Polizeistrafgesetzes die Strafbarkeit des Wuchers mit Bestimmtheit anerkannt und nur eine Ausnahme hat machen wollen bei Darlehn an die nach dem damaligen Stande des Wechselrechts (cf. Ges. vom 23. Juli 1822 §. 3) nur geringe Anzahl wechselfähiger Personen, meistens eigentliche Commerzienten, so wird doch diese Strafbe-

7) **Wider Strottmann wegen Brandstiftung.** In der für die Geschworenen bestimmten Frage befand sich der Zusatz: „in der Absicht, einen Brand mit Feuersgefahr für fremdes Eigenthum zu verursachen.“ Der St.-A. beantragte die Streichung dieses Satzes, weil er in das Verweisungsurtheil nicht mit aufgenommen, auch in der gesetzlichen Definition von Brandstiftung nicht enthalten sei. Der Vertheidiger erklärte sich ebenfalls dafür, weil Art. 181 hierher nicht bezogen werden könne. Der Präsident verwarf den Antrag, davon ausgehend, daß der betreffende Satz im Art. 181 — als zum Thatbestande des Vorsatzes gehörig — allerdings auf Art. 185 anzuwenden sei. Der Vertheidiger provocirte auf Entscheidung des Gerichtshofes. In solcher ward der Ansicht des Präsidenten beigepflichtet, jedoch mit der Declaration, daß der fragliche Zusatz nur die Bedeutung habe, daß der Angeklagte die Absicht gehabt haben müsse, eine fremde Sache in Brand zu setzen. — Nach der Schuldigsprechung lautete das Urtheil auf 6 Jahre Zuchthaus ersten Grades, geschärft durch jährliche Einsperrung mit Karen in einen finstern Kerker auf 8 Tage zur Zeit des begangenen Verbrechens, demnächst polizeiliche Beaufsichtigung und Beschränkung auf die Zeit eines Jahres.

8) Wider Möhle wegen Meineides. — In diesem Falle, welcher zwei Tage in Anspruch nahm und dessen Veranlassung in der Gegend von Peine großes Aufsehen erregt hatte, ward ein trübes Lebensbild bloßgelegt; Demoralisation, Betrug, falsches Zeugniß bildeten den Grundton. Die beiden Hauptverbrecher hatten sich durch Flucht nach Amerika dem Arme der Gerechtigkeit entzogen; über den Angeklagten, den Verführten,

---

stimmung so ziemlich in Frage gestellt durch die Bestimmung der Allg. deutsch. Wechselordnung (vom 7. April 1849) Art. 1. „Wechselfähig ist Jeder, welcher sich durch Verträge verpflichten kann.“ — Diese Ausdehnung der Wechselfähigkeit soll nunmehr über die Anwendbarkeit der Polizeistrafbestimmung entscheiden — so hat es die Majorität der Anklagekammer in der fraglichen Sache am 22. April d. J. angenommen — während von andrer Seite die Ansicht vertheidigt worden ist, daß die Wechselordnung von 1822 als Relatum des Polizeistrafgesetzes von 1847 noch keineswegs durch das neue Wechselgesetz beseitigt zu sein braucht, die präsumtive Absicht des Gesetzgebers aber Aufrechthaltung der Wucherstrafgesetze bezwecke.

Red.

ward das Schuldig gesprochen; ihn traf wegen Meineides eine 6jährige Zuchthausstrafe zweiten Grades, geschärft (statt der vom Staatsanwalt beantragten öffentlichen Ausstellung an den Pranger) durch jährliche Einsperrung mit Karen auf 8 Tage, und Verlust der Fähigkeit zu Ehrenstellen und öffentlichen Aemtern.

Bei der Beweisaufnahme ereignete sich folgender Zwischenfall. Ein Zeuge (Ausländer) hatte gegen die eidlichen Aussagen zweier anderer Zeugen eigene Thathandlungen in Abrede genommen, die von ihm in der Voruntersuchung eingeräumt waren. Der Staatsanwalt hielt ihn deshalb des Meineides dringend verdächtig und beantragte den Haftbefehl, unter Vorbehalt der zu erhebenden Beschuldigung. Der Gerichtshof fand jedoch keine genügende Veranlassung, auf jenen Antrag einzugehen. Der Staatsanwalt ließ sodann von dem Vorfalle Act nehmen; das Protokoll ward verlesen.

Hinsichtlich der Fragstellung hatte der Vertheidiger beantragt, eine eventuelle Frage dahin aufzunehmen, ob der Angeklagte sich eines unbedachtsamen Eides schuldig gemacht habe. Der Antrag ward aber verworfen, weil für eine solche Frage sich nichts in der Verhandlung herausgestellt habe.

9) Wider Falke und 3 Complicen wegen Diebstahls. Bei der Fragstellung beantragten die Vertheidiger eine eventuelle auf Versuch zu richtende Frage; der Antrag ward aber, da eine Veranlassung dazu nicht indicirt sei, verworfen. Die beiden Hauptverbrecher wurden zu 6 bez. 3 Jahren Zuchthausstrafe verurtheilt, die beiden Nebenangeklagten, sofort nach Verkündigung des Wahrspruchs, kostenlos freigesprochen.

10) Wider Schaper wegen Diebstahls und Betruges. Es standen hier 3 Verbrechen in Frage, das eine war im Inlande, die beiden andern im Auslande begangen. Der Vertheidiger beantragte, daß das Gericht hinsichtlich der letztern beiden Verbrechen sich für incompetent erklären wolle, weil der Angeklagte im Preußischen sein Domicil habe. Der Staatsanwalt bestritt solches, da alle 3 Verbrechen hierher verwiesen seien, daher jedenfalls die Verhandlung vor sich gehen müsse und es dann erst Sache des Gerichts sei, die Entscheidung zu treffen. Gerichtsbeschluß: der Antrag sei zu verwerfen, da erst aus der

Instruction hervorgehen müsse, welche Verhältnisse hier in Betracht kämen; dem Vertheidiger blieben die weiteren Anträge vorbehalten. Die Verhandlung ergab, daß Angeklagter im Inlande wohnberechtigt sei, nicht aber, daß er hier das Domicil verloren und im Preußischen anderweit erworben habe. Als dennoch der Antrag später wiederholt ward, erklärte der Präsident, zunächst hätten die Geschwornen zu entscheiden, ob der Angeklagte als Inländer anzusehen sei; er wolle daher diesen Umstand in die betr. Fragen mit aufnehmen. Bei der Fragstellung selbst beantragte aber der Vertheidiger die Streichung des Zusatzes „ein Inländer", weil die Geschwornen nur über Verbrechen zu urtheilen hätten, nicht aber über Thatsachen, die im Verweisungsurtheile nicht enthalten seien, damit nicht das Verfahren nichtig werde; über die Qualität des Angeklagten als Inländer habe nur das Gericht zu entscheiden. Der Staatsanwalt hielt die Frage lediglich für eine Thatfrage, welche von den Geschwornen zu beantworten sei. Gerichtsbeschluß: der Antrag sei zu verwerfen; schon in der Schuldfrage (d. h. ob Angeklagter dem hiesigen Strafgesetze unterworfen) sei die Thatfrage mit enthalten, ob Angeklagter ein Ausländer oder Inländer sei. Somit erhielten die Geschworenen die Entscheidung; sie bejahten die Frage nebst den Schuldfragen. Das Gericht nahm hierauf auch keine weitere Notiz von der Inländerfrage. Das Urtheil fiel übrigens milder aus, als selbst der Vertheidiger beantragt hatte.

11) Wider den Halbmeister Anton Schüssler aus Alfeld und dessen Sohn, Philipp Schüssler, wegen Brandstiftung und Betruges. Die Verhandlung dieser Sache, in welcher einige 30 Zeugen abgehört wurden, nahm drei volle Tage in Anspruch. Es waren zugezogen ein Ergänzungsrichter und zwei Ersatzgeschworene. Bei letzteren mußte, weil drei Hauptgeschworene ausgefallen waren, der zuerst ausgelooſt gewesene Ergänzungsgeschworene zugezogen und sistirt werden — der erste Fall bei dem hiesigen Schwurgerichtshofe.

Der Schlußantrag in der Anklageschrift war dahin gerichtet: daß die Angeklagten schuldig seien, mit rechtswidrigem Vorsatze in complottmäßiger Verbindung in der Nacht vom 14/15 December 1852, zu einer Zeit, wo die Bewohner der

Gebäude gewöhnlich im Schlafe liegen, in der Stadt Alfeld an verschiedenen Gebäuden, nämlich

a. an einem Stallgebäude des Kaufmanns Bruns und
b. an dem von den Angeklagten und ihren Angehörigen damals bewohnt gewesenen, der Stadt Alfeld gehörigen Halbmeistereigebäude

— zugleich mit der Absicht, die Mobiliar-Feuerversicherungs-Gesellschaft zu Hannover um die Versicherungssumme der versicherten Mobilien zu dem Betrage von 2550 ℳ betrüglicherweise zu verkürzen — Brand gelegt und durch die Brandlegung unter Lit. a. das bewohnte Haus des Kaufmanns Bruns angezündet, sowie die Zerstörung des bewohnten Hauses des Schlossers Lohmeier bewirkt, durch die Brandlegung unter Lit. b. dagegen das daselbst erwähnte Halbmeistereigebäude nebst einem gleichfalls der Stadt Alfeld gehörigen Stallgebäude zerstört zu haben.

Hiernach handelt es sich in diesem Falle um eine doppelte ausgezeichnete Brandstiftung mit idealer Concurrenz des Versuchs eines Betruges. Die Staatsanwaltschaft suchte die Anklage in allen Punkten aufrecht zu erhalten: die große Anzahl entfernterer und näherer Anzeigen ständen im engsten Zusammenhange und ließen keine andere Schlußfolgerung zu, als daß beide Angeklagte, wie beantragt, schuldig seien. Die Vertheidigung dagegen war der Ansicht, daß zwar viele Verdächtigungen und allerlei Umstände vorgebracht, aber keine einzige Thatsache dargelegt sei, woraus ein gerader Schluß möglich, daß hier überhaupt eine Brandstiftung vorliege, sowie daß die Angeklagten die Thäter seien. Sodann bestritt die Vertheidigung, daß hier eine der gesetzlichen Auszeichnungen der Brandstiftung vorliege, denn: eine vollständige Zerstörung bewohnter Gebäude habe nicht Statt gefunden, vielmehr sei wenigstens ein Theil der Gebäude stehen geblieben und erst Menschenhände hätten diesen zerstört; ein bewohntes Gebäude müsse angezündet sein, hier habe aber zuerst der Bruns'sche Stall gebrannt und von dort sich das Feuer fortgepflanzt; für eine gleichzeitige Brandlegung an den verschiedenen Gebäuden liege gar keine Anzeige vor.

Auf Grund des sich auf das Schuldig rücksichtlich der

Brandstiftung an dem Halbmeistereigebäude beschränkenden Wahrspruchs beantragte der Staatsanwalt Todesstrafe wider beide Angeklagte. Der Vertheidiger stellte dagegen den Vorantrag: nach §. 193 der Str.=Pr.=O. wolle der Gerichtshof — da die Geschworenen in der Findung des Urtheils sich geirrt hätten, indem keine Anzeigen vorlägen, aus welchen eine Brandstiftung zu erkennen und daß die Angeklagten solche verübt — beschließen, daß die Sache an einen andern Schwurgerichtshof zu verweisen sei; eventuell aber doch den Antrag auf Todesstrafe (nach Art. 183 Nr. I, welcher nur die Brandlegung an fremden, nicht eigenen, bewohnten Gebäuden beziehen könne) als hier nicht zulässig zu verwerfen. Nachdem der Gerichtshof sich berathen, bemerkte zunächst der Präsident, daß der fr. §. 193 nur eine gesetzliche Befugniß des Gerichts enthalte, dieses übrigens den desfallsigen Antrag der Vertheidigung zu einer Berücksichtigung nicht habe für geeignet finden können und eröffnete das Urtheil sodann dahin: daß, nach dem Wahrspruche der Geschworenen, beide Angeklagte der complottmäßig verübten vorsätzlichen Brandstiftung an einem Gebäude mit der Auszeichnung, dadurch die Zerstörung eines bewohnten Gebäudes bewirkt zu haben, in idealem Zusammenflusse mit dem Versuche eines einfachen Betruges schuldig seien; und daß der Schwurgerichtshof — nach Ansicht der Art. 181, 182, 183 Nr. I. 308, 33 und 105 des Cr.=G.=B. — dieselben verurtheile zur Strafe der Enthauptung mittelst des Schwertes und zur solidarischen Tragung der Untersuchungskosten, mit Ausnahme der Urtheilsgebühr, welche Jeder von ihnen mit 20 ₰ zu entrichten habe.*)

Die Vertheidigung hat gegen das Urtheil, auf Grund des §. 215 Nr. 7 der Str.=Pr.=O., die Nichtigkeitsbeschwerde verfolgt, worin ausgeführt wird, daß zwar der Buchstabe des Gesetzes (Art. 183 Nr. I. des Cr.=G.=B.) auch den vorliegenden Fall zu umfassen scheine, es jedoch nach seinem Geiste nur

*) In der darauf folgenden Nacht war der jüngere Schüssler aus dem Gefängnisse ausgebrochen und entkommen; der ältere hatte sich mit einem Messer an beiden Armen die Venen geöffnet und über dem Herzen eine Stichwunde beigebracht, jedoch hat schnelle Hülfe die Folgen abgewandt.

auf den Fall bezogen werden könne, in welchem das Gebäude von anderen Personen bewohnt gewesen sei. Es gehöre zum Begriffe der Brandstiftung (Art. 181), daß aus rechtswidrigem Vorsatze eine Sache mit Gefahr für andere Personen oder deren Eigenthum in Brand gesetzt werde; diese größere Gefahr für andere Personen und deren Eigenthum sei es eben, welche die Gesetzgebung bewogen habe, die Brandstiftung an bewohnten Gebäuden mit besonderer Strafe zu bedrohen. Der Fall, daß durch das erregte Feuer die Zerstörung eines von anderen Personen bewohnten Gebäudes bewirkt sei, liege hier nicht vor, sondern nur allein: die Angeklagten mit ihren Familiengliedern hätten die Halbmeisterei bewohnt gehabt. Es könne hier daher nur der Art. 182 (Kettenstrafe) zur Anwendung kommen. Sei nun aber auf eine von dem Gesetze für das Verbrechen nicht angedrohte Strafe erkannt, so sei das Urtheil nichtig.*)

12) Wider Baeseler wegen Nothzucht. Bei der Verhandlung selbst ward die Oeffentlichkeit ausgeschlossen. Strafurtheil: sechs Jahre Zuchthaus mit Schärfung.

Schlußbemerkungen: 1) bei 2 Fällen, wo die Verhandlung mehre Tage dauerte, trat ein Wechsel in der Protokollführung ein. 2) Einmal mußte der Ersatzgeschworene eintreten wegen Unwohlseins eines Hauptgeschworenen. 3) Die Gebührentaxe giebt stets zu Beschwerden Veranlassung, wenn die Verhandlung mehre Tage hindurch die Anwesenheit der Zeugen erfordert; die gesetzliche Vergütung ist dann offenbar völlig unzureichend. 4) Die auf die öffentliche Casse während dieser Sitzungsperiode angewiesenen Kosten sind folgende: für den Präsidenten an Diäten und Reisekosten 121 ℛ 16 ggr; für 23 auswärtige Geschworene 92 ℛ; für 3 auswärtige Landgendarmen 21 ℛ 16 ggr; für Zeugen und Sachverständige aus allen 12 Fällen 488 ℛ 23 ggr 4 ₰ — überhaupt also ein Kostenaufwand von 723 ℛ 23 ggr 4 ₰, wozu noch einige Nebenkosten (Schreibmaterial, Beleuchtung ꝛc.) hinzukommen.

*) Die Entscheidung des Cassationssenats, wie überall der Bericht über dessen bisherige Thätigkeit im nächsten Hefte! Red.

IX.

Amtliche Erlasse.

1.

Justizministerialrescript an sämmtliche Staatsanwaltschaften der Obergerichte vom 10. Januar 1853, die Regelung der Verhältnisse der Advocaten zur Rechtspflege betreffend.

Das große Interesse, welches die gehörige Regelung der Verhältnisse der Advocatur für die Rechtspflege, insonderheit nach dem Erlasse des Gesetzes über die Anwaltskammern aber auch für die Advocatur selbst hat, ist für Uns die Veranlassung zu dem Reskripte vom 17. November v. J. gewesen, welches an eine größere Zahl der Königlichen Staatsanwaltschaften erlassen worden ist.

Das Ergebniß der auf Grund dieses Reskripts gepflogenen Verhandlungen hat jedoch Unsern Erwartungen nicht in aller Maße entsprochen: denn wenngleich verschiedene Advocaten Erklärungen abgegeben, in Folge welcher sie aus dem Advocaten- bez. Anwaltsstande gänzlich ausscheiden, so haben doch andere, von denen man den Verhältnissen nach eine gleiche Erklärung hätte erwarten dürfen, ohne ersichtlichen rechtfertigenden Grund vorgezogen, nur zur Zeit auf die Betreibung der Advocatur- bez. Anwaltsgeschäfte zu verzichten, ja selbst einen solchen zeitigen Verzicht abzulehnen.

Uns stehen zur Zeit, um in dieser Beziehung die Regelung der Advocatur zu befördern, andere Mittel nicht zu Gebote, als die Staatsanwaltschaften zu veranlassen, einerseits darauf hin-

zuwirken, daß Personen, für welche die Mitgliedschaft des Advocaten- bez. Anwaltstandes ersichtlich ohne Interesse, diese aufgeben, andererseits aber mit Strenge dahin zu sehen, daß sämmtliche Personen, welche sich als thätige Advocaten bez. Anwälte angesehen wissen wollen, durch die gesetzlichen Verpflichtungen gleichmäßig getroffen werden. Wir vertrauen, daß die Vorsitzenden der Gerichte, wie die Anwaltskammern das desfallsige Bestreben zu fördern bemüht sein werden.

Daneben sehen Wir Uns jedoch veranlaßt, um in dieser Beziehung ein gleichmäßiges Verfahren zu sichern, in Betreff der Stellung derjenigen Personen, welche entweder durch dienstliche Rücksichten oder durch ihre eigene Erklärung behindert sind, zur Zeit Advocatur- bez. Anwaltsgeschäfte zu betreiben, den Staatsanwaltschaften das Nachfolgende zu eröffnen.

Die gedachten Personen, welche zur Zeit die eigentlich materiellen Befugnisse der Advocatur- bez. Anwaltschaft nicht ausüben, werden zur Zeit auch von den correspondirenden Verpflichtungen, der Uebernahme von Vertheidigungen und der einstweilen unentgeltlichen Proceßführung in Armensachen, nicht getroffen werden.

Dagegen bleiben dieselben Mitglieder des Advocaten- bez. Anwaltstandes und sind aller sonstigen Rechte und Verpflichtungen, welche diese Mitgliedschaft gewährt, in aller Maße theilhaftig.

Diese sonstigen Rechte und Verpflichtungen haben durch das Anwaltskammergesetz vom 8. November 1850 eine besondere praktische Bedeutung erlangt.

Die durch dieses Gesetz gewährten besonderen Rechte und Verpflichtungen werden die hier fraglichen Personen insoweit treffen, als dieselben nicht mit dem thätigen Betreiben von Advocatur- bez. Anwaltsgeschäften im engsten Zusammenhange stehen.

Sie werden insbesondere die Wahlberechtigung, die Wählbarkeit und das Stimmrecht in den Versammlungen haben, andererseits aber sämmtlichen Verpflichtungen sich zu unterwerfen haben, sie werden insbesondere die erforderlichen Geldbeiträge zu zahlen haben, zur Theilnahme an den Verhandlungen, so weit das Gesetz dieses zuläßt, bei Strafe zu laden sein

und wegen ihres (außerdienstlichen) Benehmens der Disciplinargewalt der Anwaltskammern unterworfen sein.

Erscheint eine solche Stellung in dem einen oder andern Falle als eine nicht eben angemessene, so liegt der Grund hiervon nicht in den zur Anwendung zu bringenden allgemeinen Grundsätzen und gesetzlichen Vorschriften, sondern vielmehr in dem Umstande, daß im Widerspruche mit den Verhältnissen das Recht der Advocatur bez. Anwaltschaft pro forma conservirt wird.

In Consequenz mit diesen Grundsätzen werden die zur Zeit nicht thätigen Advocaten bez. Anwälte im Staatshandbuche gestrichen werden, um nicht das rechtsuchende Publikum zu verleiten, an zur Zeit nicht geeignete Personen sich zu wenden, dagegen werden die Namen derselben in der Matrikel fortgeführt werden und Auszüge derselben den Staatsanwaltschaften zugefertigt werden.

Indem Wir die Staatsanwaltschaften veranlassen, eine Abschrift dieses Rescripts der betreffenden Anwaltskammer mitzutheilen, bemerken Wir zugleich, daß den zur Zeit nicht thätigen Advocaten dieses Rescript in Abschrift zu ihrer Nachachtung zugefertigt werden soll.

2.

Justizministerialrescript vom 18. April 1853, denselben Gegenstand betreffend.

Wir haben durch Generalrescript vom 8. Januar 1853 den Staatsanwaltschaften der Obergerichte aufgegeben, diejenigen in dem betreffenden Obergerichtsbezirke wohnhaften Advocaten, Anwälte und Notare, auf welche die Vorschriften des §. 39 des Staatsdienergesetzes vom 8. Mai 1852 und des §. 58 der Städteordnung vom 1. Mai 1851 Anwendung finden, aufzufordern, binnen bestimmter Frist die erforderliche Genehmigung zur Fortbetreibung der Advocatur bez. Anwaltschaft und des Notariats beizubringen, widrigenfalls angenommen werden solle, daß sie an der Fortbetreibung der gedachten Nebengeschäfte einstweilen behindert seien.

Der Inhalt dieses Generalrescripts ist hin und wieder nicht im Zusammenhange mit den sonstigen betreffenden Vorschriften der Gesetzgebung aufgefaßt worden, und sehen Wir durch diese Wahrnehmung Uns veranlaßt, behuf Erläuterung den Staatsanwaltschaften der Obergerichte das Nachfolgende zu eröffnen:

Der Zweck Unsers Generalrescripts geht dahin, festzustellen, welche Personen zur Zeit berechtigt sind, Advocatur-, bez. Anwalts- und Notariatsgeschäfte zu betreiben; derselbe bezielt somit die Ordnung der Verhältnisse der Advocatur, der Anwaltschaft und des Notariats, welche herzustellen Wir ebenso berechtigt als verpflichtet sind.

Unser Generalrescript bezieht sich nicht auf Personen, welche früher Advocaten, Anwälte oder Notare waren, jetzt aber ein Richteramt in dem Oberappellationsgerichte, den Obergerichten oder den Amtsgerichten bekleiden, oder den Dienst eines Secretairs oder Actuars bei den gedachten Gerichten wahrnehmen: denn die gedachten Personen haben kraft der Vorschrift des §. 58 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 8. Novbr. 1850 aufgehört, dem Stande der Advocaten, Anwälte und Notare anzugehören.

Auch ergiebt sich die Nichtanwendbarkeit Unsers Generalrescripts auf die gedachten Personen ohne Weiteres durch die Erwägung, daß die fragliche Maßregel ihnen gegenüber eine nutzlose sein würde, da Wir selbst die vorgesetzte Dienstbehörde derselben bilden.

Insofern nun die eine oder andere Staatsanwaltschaft gegen die vorgedachten Personen Unser Generalrescript zur Anwendung gebracht haben sollte, wird die betreffende Verfügung unter Angabe des Grundes zurückzuziehen sein.

Auf Personen, welche auf die Ausübung sämmtlicher hier in Frage befindlichen Nebengeschäfte zur Zeit verzichtet haben, findet Unser Generalrescript zur Zeit keine Anwendung; wird aber dieser Verzicht ganz oder theilweise später zurückgenommen, so wird in Gemäßheit Unsers Generalrescripts zu verfahren sein.

Wenn in Unserm Generalrescripte gesagt worden ist, daß nach Vorschrift desselben auch für die Zukunft zu verfahren sei, sobald den Staatsanwaltschaften sichere Kunde darüber werde,

daß Advocaten, bez. Anwälte und Notare Staats- oder städtische Aemter übernommen haben, so versteht es sich doch ohne Weiteres, daß wenn mit dieser Uebernahme eine Wohnsitzveränderung verbunden ist, gegen die betreffenden Personen erst dann nach Vorschrift Unsers Generalrescripts zu verfahren, wenn Wir Unsererseits die Verlegung des Wohnsitzes genehmigt haben.

Wir sind der Ansicht, daß die Vorschrift des §. 39 des Staatsdienergesetzes neben der des §. 58 der Städteordnung besteht, einer Ansicht, welche auch von dem Königlichen Ministerium des Innern getheilt wird. Demgemäß werden die im §. 58 der Städteordnung bezeichneten Personen, insoweit die Vorschrift Unsers Generalrescripts auf dieselben überhaupt zur Anwendung kommen kann, anzuhalten sein, die Genehmigung sowohl des Magistrats und der Bürgervorsteher als der betreffenden höheren Verwaltungsbehörde beizubringen.

Die Frage, ob die Vorschriften des §. 39 des Staatsdienergesetzes und des §. 58 der Städteordnung auch auf solche Personen Anwendung finden, welche bereits vor Erlaß der gedachten Gesetze neben dem Staats- oder städtischen Amte Nebengeschäfte betrieben haben, müssen Wir bei der Allgemeinheit der fraglichen Vorschriften unbedenklich bejahen und insbesondere dafür halten, daß das nicht einmal im Gebiete des Privatrechts allgemein gültige Axiom des Verbots der rückwirkenden Kraft der Gesetze nicht berechtige, eine allgemein lautende Disposition in einem Sinne auszulegen, welcher die Wirkungen einer im öffentlichen Interesse erlassenen gesetzlichen Vorschrift auf eine lange Reihe von Jahren hinausschiebt. — Ob den gedachten Personen ein Anspruch auf Ertheilung der erforderlichen Genehmigung nach Grundsätzen des Rechts oder der Billigkeit zustehe, ist ein Punkt, welcher außerhalb den Gränzen Unserer Cognition und derjenigen Erwägungen liegt, welche zu dem Erlasse Unsers Generalrescripts geführt haben. — — —

3.

Justizministerialrescript an die Staatsanwaltschaft des K. O.-G. zu Göttingen vom 27. April 1853 zur Erwiederung auf Anfragen der Göttinger Anwaltskammer über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Gesetzes, die Gebührentaxe in bürg. Rechtsstreitigkeiten betreffend vom 8. Nov. 1850, §. 53 sub a. und ferner des §. 44 und Pos. 17 des Tarifs.

Wir beauftragen die Staatsanwaltschaft, der dortigen Anwaltskammer auf das, mittelst Berichts vom 14. d. M. vorgelegte Gesuch derselben in Unserm Namen das Folgende zu eröffnen:

Da es nach den Vorschriften der Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem Zweifel überall nicht unterliegen könne, daß

erstens von einem Mangel am Sitze des Proceßgerichts wohnhafter Advocaten der Regel nach nicht gesprochen werden könne, wenn zwei Advocaten am Sitze des Proceßgerichts wohnhaft *);

zweitens für den Termin auf der Gerichtsschreiberei behuf Beantragung der Vollstreckungsclausel eine besondere Gebühr nicht Platz greife **);

so stehe dem Antrage, die gedachten Vorschriften in einem abweichenden Sinne authentisch auszulegen, nicht Statt zu geben.

4.

Uebernahme von Vertheidigungen durch Auditoren.

Die Zweifel, welche der §. 24 der Bekanntmachung des

*) §. 53 sub a. des Gebührentax-Gesetzes erkennt eine Ersatzpflicht an Meilengeldern ꝛc. der Advocaten für den zur Kostenerstattung verurtheilten Proceßgegner ausnahmsweise in bedeutendern Processen und zwar nur dann an, wenn die Zuziehung eines auswärtigen Rechtsbeistandes wegen Mangel am Sitze des Proceßgerichts wohnhafter Advocaten oder wegen Behinderung derselben als erforderlich sich darstellt.

**) Die Erwirkung der Vollstreckungsclausel des §. 529 der Allg. B. P.-O. abseiten der Anwälte auf der Gerichtsschreiberei soll nach dieser Entscheidung als ein Termin im Sinne des Tax Gesetzes §. 44 und des Tarifs Pos. 17 nicht gelten können; wird also zum außergerichtlichen Geschäftsbetrieb des Rechtsstreits gerechnet werden müssen, wofür die Procuraturgebühr nach §. 50 des Ges. Nr. 17 des Tarifs gilt, wie dahin gezählt wird: Auslösung der Bescheide ꝛc. —

Königl. Justizministeriums, die Prüfung und weitere Ausbildung für den Justizdienst betreffend vom 15. Sept. 1852:

„In Betreff der Uebernahme von Vertheidigungen von Seiten der Auditoren greifen die Vorschriften des §. 73 der Strafproceßordnung Platz"

darüber erregt hat, ob die Auditoren auch während ihrer zeitweiligen Zulassung bei einem Amts- oder Obergerichte befugt seien, Vertheidigungen zu übernehmen, sind durch das nachfolgende Rescript des Königl. Justizministerii vom 13. December 1852 erledigt worden.

„Aus einem von einer der Königl. Staatsanwaltschaften erstatteten Berichte haben Wir entnommen, daß ein bei einem Amtsgerichte behuf seiner Ausbildung zugelassener Auditor sich geweigert hat, in einzelnen Strafpolizeisachen das Protocoll zu führen, weil er die betreffenden Beschuldigten zu vertheidigen habe.

Wir sehen Uns hiedurch veranlaßt, den Vorsitzenden der Königl. Obergerichte und der Königl. Staatsanwaltschaften das Nachfolgende zu eröffnen.

Die Auditoren haben sich während der Zeit ihrer Zulassung zu den Geschäften der Amts- und Obergerichte aller Nebengeschäfte zu enthalten, insofern nicht die Uebernahme eines einzelnen Geschäfts von dem Vorsitzenden des betreffenden Gerichts ausnahmsweise ihnen gestattet wird.

Die Uebernahme von Nebengeschäften bei dem Gerichte, zu dessen Geschäften der Auditor zugelassen ist, darf nur unter der doppelten Voraussetzung gestattet werden, daß es sich um eine nothwendige Vertheidigung handelt (§. 73 S. 3 der Strafproceßordnung) und daß es ausnahmsweise an der zur Vertheidigung erforderlichen Anzahl von am Orte der schwurgerichtlichen Verhandlungen ansässigen Advocaten fehlt.

Die Vorsitzenden der Königl. Obergerichte haben den bei den Obergerichten zugelassenen Auditoren, die Königl. Staatsanwaltschaften den Amtsgerichten behuf Eröffnung an die bei den Amtsgerichten zugelassenen, bez. zuzulassenden Auditoren von dem Inhalte dieses Erlasses Kenntniß zu geben, und auf die genaue Befolgung desselben mit Strenge zu achten."

X. Bücherschau.

Indem wir eine vollständige Uebersicht, beziehungsweise Besprechung der speciell unsere hannoverschen Rechtsverhältnisse betreffenden Literatur aus der letztern Zeit für den Schluß dieses Jahrgangs versparen, machen wir hier auf zwei bedeutendere Erscheinungen auf dem Gebiete des Römischen Rechts aufmerksam, die uns in den letzten Monaten zur Kunde gelangt sind:

Die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Carl Reuner, Professor zu Giessen. Giessen. 1853. Rickersche Buchhandlung. 8. 556 S.

Beiträge zum Obligationenrecht. Von Friedrich Mommsen, Doctor der Rechte. Erste Abtheilung. (Unter dem besondern Titel:)
Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Von F. Mommsen, Doctor d. Rechte. Braunschweig. C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn) 1853. 8. 420 S.

Beide Abhandlungen haben das Verdienst, den auf dem Titel genannten Stoff zum ersten Male systematisch zusammengestellt und bearbeitet zu liefern, während bisher nur einzelne Theile der betreffenden Materie monographische Ausführung oder in den Handbüchern des Civilrechts an den einschlagenden Stellen Andeutung gefunden haben. Während der Practiker wohl seltener in den Fall kommen wird, über den Stoff der erstgenannten Materie sich Belehrung zu suchen, spielt die Unmöglichkeit obligatorischer Leistungen im täglichen Verkehr eine so bedeutende Rolle, daß der Practiker eine die einzelnen Fälle und deren rechtliche Wirkung ausführlich besprechende Abhandlung gewiß nur willkommen heißen kann. Diese Abhandlung verfolgt aber gerade die Aufgabe, die Bestimmungen in den Quellen, welche auf die Unmöglichkeit der Leistung und ihre Wirkungen sich beziehen, zu sammeln und den innern Zusammenhang derselben nachzuweisen; dann das hierdurch gewonnene Princip auf die in den Quellen nicht erwähnten Fälle, namentlich die nicht in einem dare, sondern facere bestehenden obligatorischen Leistungen anzuwenden. Daß der Verfasser, um seine Aufgabe zu lösen, daneben zu einer selbständigen Untersuchung der dabei in Betracht kommenden Rechtsinstitute sich veranlaßt gesehen hat, erscheint natürlich; und gewiß darf die Wissenschaft es als Gewinn schätzen, daß der Verfasser, früher Mitglied des Schleswigschen Obergerichts, sich der schriftstellerischen Thätigkeit zugewandt hat, so sehr die Veranlassung zu beklagen ist, die ihn seinem practischen Berufe entsagen und in Göttingen ein Asyl suchen ließ.

Es liegt uns ferner noch ein verdienstliches, der Nachahmung in allen deutschen Territorien zu empfehlendes Unternehmen vor:

Sammlung der von dem Cassationshofe des Herzogthums Braunschweig entschiedenen Straffälle. Erster Band. (Wolfenbüttel, Holle, 1853.)

Nach einer den Werth der braunschweigschen Straf-Proceß-Ordnung besprechenden Einleitung, worin die beschränkte Stellung der Staatsanwaltschaft bei erster Verfolgung des Verbrechens beklagt, die Bestimmung, daß der Wahrspruch von Geschworenen und Kreisgerichten mit Ein-

stimmigkeit abgegeben werde, nach der Kantschen Auffassung der menschlichen Vernunft als die allein zutreffende bezeichnet wird, worin übrigens in Bezug auf die Organisation des Cassationshofes nur in einer Note bemerkt wird, daß Letzterer aus den drei Präsidenten und vier ältesten Räthen des Obergerichts (wo?) gebildet werde, — nach dieser Einleitung theilt der Verfasser (W. Görtz) die seit dem 1. Juli 1850 bis 1. April 1852 vorgekommenen Nichtigkeitsbeschwerden nebst den Entscheidungen in übersichtlicher Fassung mit. Die Zahl 54 scheint uns für jenen Zeitraum und den Umfang des Landes ziemlich bedeutend zu sein; das erklärt sich aber aus der Geringfügigkeit der Objecte, um deren willen von der Nichtigkeitsbeschwerde Gebrauch gemacht ist. Namentlich scheint die Oberstaatsanwaltschaft in richtiger Auffassung ihres Berufs die im Principe wichtigen Fragen, welche die Kreisgerichte ꝛc. gegen ihre Ansicht entschieden haben, im Interesse des Gesetzes (ohne Präjudiz für den bereits entschiedenen Fall) zur höchsten Entscheidung zu bringen veranlaßt, was in der Folge weniger nöthig sein wird. Die behandelten Fälle sind in mancher Beziehung nicht ohne Interesse; unter andern hat uns in einem Falle das Nachspuken der deutschen Grundrechte einige Unterhaltung gewährt. Gegen polizeiliche Verbote vom Jahre 1833, eingeschärft 20. Sept. 1850, hatte nämlich der Brauer R. zu B. Gäste nach 10 Uhr Abends zechend bei sich gelitten und war dafür zu 5 ₰ Strafe verurtheilt. Das herzogliche Stadtgericht sprach ihn auf seine Einwendung am 25. Oct. 1850 indeß frei, und zwar

> in Erwägung, daß das Reichsgesetz vom 28. Dcbr. 1848 die Grundrechte des deutschen Volks betr. §. 29, welchem bereits das in demselben Geiste verfaßte Gesetz vom 20. Juni 1850 desselben Jahrs das Vereinigungsrecht betr., für das Herzogthum Braunschweig vorangegangen, in hiesigen Landen bei Regierung und Volk unzweifelhafte Anerkennung gefunden habe, und daher in seinen einzelnen Bestimmungen wenigstens de jure (sic!) als maßgebend geachtet werden müsse,
>
> daß — wenn nicht jenes Recht der friedlichen Versammlung illusorisch werden solle, (dasselbe) in keiner Weise — also weder in der Zeit, noch eben dadurch, daß sich zufällig ein Wirth zur Aufnahme der Versammelten und deren Bewirthung hergegeben habe, letztere aber polizeilich um den Hauptzweck zu vereiteln, untersagt werden möchte — einer Beschränkung unterliegen dürfe ꝛc.

Der Cassationshof beseitigte auf Beschwerde des Oberstaatsanwalts im Interesse des Gesetzes dieses Erkenntniß als gegen Strafgesetze verstoßend und daher nichtig mit der Begründung:

1. die durch das Gesetz vom 20. Juni 1848 und den Art. VII der Grundrechte ertheilte Befugniß — — schließt nicht auch die Befugniß in sich, zu diesem Endzwecke jede beliebige Localität eingeräumt zu erhalten oder zu verlangen, daß dabei Speise und Getränke nach Belieben verabreicht werden;

2. insofern die Gestattung der Benutzung einer Localität oder Verabreichung von Naturalien, wie bei Solchen, die daraus ein Gewerbe machen, von einer besondern Concession abhängt, müssen die besondern polizeilichen Beschränkungen, unter denen allein die Concession als ertheilt angesehen werden kann, beobachtet werden — —

3. die desfallsigen Bekanntmachungen — — wurden durch die unter 1. erwähnten gesetzlichen Bestimmungen überall nicht afficirt ꝛc.

Magazin

für

hannoverſches Recht.

Dritten Bandes drittes Heft.

I.

Ueber die jetzige Anwendbarkeit der Stadtrechte auf früher exemte Personen und Grundstücke und in neu angeschlossenen Bezirken*).

Vom Herrn Obergerichts-Vice-Director Dr. Francke zu Stade.

In allen Städten unsers Landes, in welchen statutarische Normen in privatrechtlicher Beziehung gelten, gab es bis zum Jahre 1848 eine nicht kleine Anzahl von Personen und Grundstücken, auf welche die stadtrechtlichen Vorschriften keine Anwendung fanden, sei es weil dieselben einen bevorzugten Gerichtsstand vor den obern Landesgerichten hatten, oder weil der städtische Gemeindeverband sich nicht auf sie erstreckte. Seitdem hat jedoch die Gesetzgebung die Verhältnisse dieser Personen und Grundstücke in ihren Beziehungen zur Gemeinde wie zum Staate in so erheblicher Weise umgestaltet, daß sich die Frage aufdrängen muß, ob damit nicht auch ihre bisherige Exemtion vom Statutarzwange in privatrechtlicher Hinsicht aufgehört hat. Zunächst ist durch das Gesetz vom 18. August 1848 der befreite Gerichtsstand allgemein aufgehoben und an dessen Stelle das **forum** vor dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Untergerichte gesetzt worden. — Sodann hat die Städte-Ordnung

*) Der S. 230 dieses Bandes abgedruckte Aufsatz behandelt zwar ziemlich dasselbe Thema und führt zu demselben Resultate, wie der hier folgende, während des Druckes des ersteren eingegangene; indeß wird die Wichtigkeit des Stoffes die Aufnahme auch dieser, ohnehin umfassendern und von theilweise andern Gesichtspuncten ausgehenden Bearbeitung unbedingt rechtfertigen. —

vom 1. Mai 1851 zur Ausführung des im Verfassungsgesetze vom 5. September 1848 ausgesprochenen Satzes, daß jeder Landes-Einwohner, jedes Grundstück und jedes Haus in Beziehung auf die öffentlichen Verhältnisse einer Gemeinde angehören müsse, alle wohnberechtigten Bewohner des Stadtgebiets für Mitglieder der Stadtgemeinde erklärt (§. 12), die hinsichtlich einzelner Häuser bestehenden Befreiungen von der Verpflichtung zum Erwerbe des Bürgerrechts aufgehoben und sämmtliche Mitglieder der Stadtgemeinde, sowie das im Stadtgebiete belegene Grundeigenthum allgemein der obrigkeitlichen Gewalt des Magistrats unterworfen (§§. 16 und 22.). Desgleichen sind durch das Verfassungsgesetz vom 5. September 1848 und durch den §. 13 der Städte-Ordnung alle Real- und Personal-Exemtionen von städtischen Gemeindelasten beseitigt.*) Der §. 21 der Städte-Ordnung hat ferner auch den Kreis der städtischen Bürgerschaft bedeutend erweitert und namentlich allen denjenigen, welche im Dienste der Stadt, des Staats, der Kirche und Schule dauernd und ohne Kündigungsvorbehalt angestellt sind, die Pflicht auferlegt, das Bürgerrecht zu gewinnen und folgeweise (§. 29.) auch den Bürgereid zu leisten. Daneben ist das Stadtgebiet selbst vieler Orten im Verwaltungswege verändert und auf bisher getrennte Bezirke, auf Vorstädte, Vororte, s. g. Amtsfreiheiten u. s. w. ausgedehnt worden.

Die Frage liegt also nahe: Ist trotz dieser Veränderungen die Geltung der Stadtrechte auf denjenigen Kreis beschränkt geblieben, für welchen sie schon früher Geltung hatten, oder erstrecken sie sich jetzt auch auf die Personen, Grundstücke und Bezirke, welche erst in Folge der neueren Gesetzgebung in den Gemeindeverband eingereihet und unter die städtische Obrigkeit gestellt sind. Es ist diese Frage, freilich in einer sehr speciellen Beziehung, bereits in einem Aufsatze dieses Magazins Bd. 2, Heft 3, Nr. 15 aufgeworfen und kurz erörtert worden. Daselbst wird der Zweifel berührt, ob das statutarische Erbrecht unter bürgerlichen Eheleuten der Stadt Hannover auf die früher

*) Ausgenommen sind nur die Befreiungen der Mitglieder der Königlichen Familie und der Standesherren, sowie die der Königlichen und standesherrlichen Schlösser und Gärten. —

canzleisäßigen Bürger und auf die neuen Stadttheile ausgedehnt sei. Allein die Frage hat eine viel allgemeinere Bedeutung, sie bezieht sich auf alle Städte des Landes, die ihre besondern Statute im Gebiete des Privatrechts haben, sie erstreckt sich auf den ganzen Kreis der privatrechtlichen Vorschriften der Statute und betrifft im Allgemeinen auch nicht bloß die Bürger der Stadt, sondern überhaupt alle Stadtbewohner. Nur die specielle Bestimmung über das Erbrecht der Ehegatten in der Stadt Hannover ist auf den dortigen Bürger und dessen Ehefrau eingeschränkt, da nach der Verordnung vom 18. Juni 1830 dieses statutarische Erbrecht nur dann stattfinden soll, wenn der Ehemann das Bürgerrecht erworben hatte. Wo aber eine solche Beschränkung der Disposition auf eine bestimmte Einwohner-Classe nicht vorliegt, da ist jeder Stadtbewohner, der bisher dem Statutarzwange nicht unterlag, in gleicher Weise bei jener Frage betheiligt. Der Verfasser jenes Aufsatzes ist der Ansicht, daß der Umstand, daß jetzt alle, auch die früher canzleisässigen Bürger zu Hannover dem dortigen Stadtgerichte (nunmehr dem Amtsgerichte) unterworfen sind, gar keinen Einfluß auf den Wirkungskreis der statutarischen Bestimmungen über das Erbrecht der Ehegatten habe, daß also diejenigen Bürger, welche beim Fortdauern der früheren Verhältnisse canzleisässig gewesen sein würden, auch fernerhin nicht davon berührt würden. Die dafür angeführten Gründe sind größtentheils allgemeiner Natur; sie würden, wären sie richtig, auch für andere Städte und andere statutarische Bestimmungen zu der Annahme führen müssen, daß die Veränderungen, welche unsere neueste Gesetzgebung in Beziehung auf früher exemte Personen und Grundstücke eingeführt hat, für den Umfang des Statutarzwangs durchaus gleichgültig sein. Ich kann diese Ansicht nicht für die richtige halten und will, da der Gegenstand in der That ein sehr wichtiger ist, eine andere Ansicht hier darlegen und zu rechtfertigen versuchen.

Unsere Stadtrechte sind aus der Autonomie der Stadtgemeinden hervorgegangen. So wenig aber die Statute der landsässigen Städte als Acte einer eigentlichen Gesetzgebung aufzufassen sind, eben so wenig kann man ihre Geltung auf die eines niedergeschriebenen Gewohnheitsrechts beschränken.

Zwar ist es richtig, daß manche statutarische Bestimmungen nur dasjenige wiedergeben, was schon vor ihrer schriftlichen Festsetzung als Gewohnheitsrecht in der Stadt gegolten hatte; dennoch würde es ganz fehlsam sein, die Stadtrechte in ihrer jetzigen Gestalt und allgemein als bloße Gewohnheitsrechte zu behandeln. Denn nicht nur haben mehre Städte auch in unserem Lande ihre Stadtrechte von andern Städten ganz oder zum wesentlichsten Theile entlehnt und auf einmal bei sich eingeführt (z. B. Buxtehude die Stadeschen, Uelzen die Lüneburger Statuten,) sondern es sind auch fast alle für das Privatrecht wichtigere Statuten öfteren Revisionen unterzogen, durch welche die ursprünglichen Satzungen erheblich verändert und mit neuen Zusätzen, namentlich aus dem Sachsenrechte und später auch aus dem gemeinen Rechte vermehrt sind, während andere bis dahin geltende Gewohnheitsrechte zugleich ausdrücklich abgeschafft wurden. Was von ihrem Inhalte ursprünglich Gewohnheitsrecht gewesen ist, ist jedenfalls auch nur vermöge der Autonomie der Städte unter die statutarischen Satzungen aufgenommen und dadurch selbst zu einer autonomischen lex scripta geworden. Die Autonomie der Corporationen, wie groß auch ihre Bedeutung im Mittelalter war, ist aber immer einer doppelten Beschränkung unterworfen gewesen, durch welche sie von einer wirklichen Gesetzgebung sich unterschied. Einmal durften sie nichts bestimmen, was durch Landes- oder Reichsgesetze absolut verboten war oder die hohen Regalien des Landesherren beeinträchtigte und zweitens mußte das Gebiet ihrer Geltung auf die Stadt und die Rechtsverhältnisse ihrer Angehörigen beschränkt bleiben. Die letztere Beschränkung liegt ganz von selbst in dem Wesen der Autonomie einer jeden Corporation, da ihr Zweck doch nur auf solche Bestimmungen gerichtet sein kann, welche auf die Verhältnisse ihrer Mitglieder sich beziehen, oder die Gemeinde selbst, ihre Einrichtungen und Anstalten in irgend einer Weise berühren. Was dagegen gar keine Beziehung zur Gemeinde oder zu ihren Mitgliedern hat, kann selbstverständlich auch kein Gegenstand ihrer autonomischen Bestimmungen sein. Darnach konnten, wenn man hierbei einer neuern Terminologie folgen darf, durch die Stadtrechte s. g. statuta personalia nur für die Mitglieder und Schutzverwandte der Stadtgemeinde,

statuta realia nur für die im Stadtgebiete belegenen Immobilien und Vorschriften über Rechtsgeschäfte, deren Form, Inhalt und Wirkung nur in so weit gegeben werden, als dabei im einzelnen Falle stadtangehörige Personen betheiligt sind, oder städtische Einrichtungen oder städtische Behörden dabei wirksam werden sollen. Wer also nicht Mitglied (oder Schutzverwandter) der Stadtgemeinde war, konnte durch Vorschriften des Stadtrechtes, die nach jener Terminologie als statuta personalia anzusehen sind, niemals, durch statuta realia nur in Ansehung seiner im Stadtgebiet belegenen Immobilien, und durch die s. g. statuta mixta nur in den einzelnen Fällen, in welchen er durch Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit einer stadtangehörigen Person oder auf sonstige Weise mit den Rechten und den rechtlichen Interessen der Corporation oder ihrer Genossen in Berührung kam, getroffen werden.*)

Nun gab es in allen unsern Städten eine Anzahl von Personen, welche, obgleich in der Stadt wohnhaft, doch weder des Bürgerrechts theilhaftig waren, noch zu der Classe der Schutzverwandten gehörten, vielmehr ganz außerhalb des städtischen Verbandes standen. Namentlich waren es die landesherrlichen Angestellten im Civil- und Militairdienste, sowie regelmäßig auch der inländische Adel, welche in einer von der Stadtgemeinde exemten Stellung verharrten, an den bürgerlichen Rechten und Lasten nicht theilnahmen und größtentheils einen bevorzugten Gerichtsstand vor den höheren Landesgerichten hatten. Ebenso stand in den Städten häufig einzelnen in ihrem Gebiete belegenen Grundstücken eine Exemtion zu, welche sich bald als dingliche Schriftsässigkeit äußerte, bald nur eine Befreiung von städtischen Grundabgaben und Kosten, meistens wohl beides zusammen gewährte; bisweilen waren solche Freihäuser auch in

*) Damit sollen übrigens nur ganz im Allgemeinen die äußersten Grenzen der Geltung eines autonomischen Stadtrechts angegeben sein, da es nicht zu verkennen ist, daß aus der Fassung oder aus der Natur einzelner Vorschriften eine beschränktere Anwendbarkeit desselben sich ergeben kann. Auch bedarf es kaum der Bemerkung, daß das Gesagte nur von den privatrechtlichen Bestimmungen der Statuten zu verstehen ist, da die Anwendbarkeit polizeilicher, strafrechtlicher und processualischer Vorschriften sich nach anderen Grundsätzen richtet.

polizeilicher Hinsicht von der Orts-Obrigkeit eximirt. An einzelnen Orten haben dann die persönlichen Exemtionen noch eine weitere Ausdehnung durch den daselbst befolgten Grundsatz erfahren, daß die dingliche Exemtion eines Hauses auch für alle seine Bewohner eine persönliche Exemtion begründe.

Wenn diese Personen und Grundstücke den privatrechtlichen Bestimmungen der städtischen Statute nicht für unterworfen, sondern als fremde, d. h. als nicht zur Stadt gehörige Personen bez. Grundstücke angesehen wurden, so war das insoweit richtig und dem Charakter eines Autonomie-Rechts ganz entsprechend, als dieselben ganz außerhalb des Gemeindeverbandes standen. Dagegen war der Gerichtsstand dieser Personen und Grundstücke an und für sich ein gleichgültiger Umstand für die Frage, ob der Statutarzwang sich auf sie erstrecken könne oder nicht. Denn da auch die oberen Gerichte nach „Statuten und Gewohnheiten," wo sie anwendbar sind, ebenfalls zu entscheiden hatten, (s. die in der OAGOrdn., in der Celler und Calenb. Hofger. Ordn. vorgeschriebenen Nichtereide) so konnte die Schriftsässigkeit einer Person an sich auch kein Grund sein, sie vom Statutarzwange zu befreien. Es ist jedoch sowohl von den Rechtslehrern des vorigen Jahrhunderts, als auch in den Gerichten größtentheils die entgegengesetzte Ansicht befolgt, daß die Geltung des Statuts nur so weit gehe, als die städtische Gerichtsbarkeit reiche.*)

*) Diese Ansicht sprechen ausdrücklich aus: Riccius von Stadtgesetzen, Bd. II. Hptst. 13. §. 1. J. H. Boehmer Exerc. ad Pand. Nr. 15 §. 12. Pufendorf Obs. II. Nr. 27 §. 3. Auch in v. Bülow und Hagemann's pract. Erört. Bd. VIII.a Nr. 21 findet dieselbe Beifall. Dagegen heißt es in einem Erkenntnisse des OAG. de 1836 (Juristische Zeitg. 18. Jahrg. Hft. 1. pag. 89.) daß der Statutarzwang sich soweit wie die städtische Schutz- und Schirmherrschaft erstrecke. Bemerkenswerth sind in dieser Beziehung die Worte derjenigen Bekanntmachung, wodurch Bürgermeister und Rath der Stadt Lüneburg Anno 1579 eine neue Gerichts-Ordnung, als ersten Theil der Reformation des Stadtrechts publicirten. „Wie Wir denn auch allen Unsern Bürgern, Einwohnern und Verwandten, deren Wir zugleich und recht mächtig sein und die um unserntwillen zu thun und lassen haben, hiermit ernstlich befehlen, dieser unserer Ordnung am Gericht gemäß zu leben und unweigerlich nachzukommen."

Factisch verhielt sich die Sache wohl meistens so, daß derjenige, welcher von der städtischen Gerichtsbarkeit exemt war, auch nicht im Verbande der städtischen Gemeinde stand. Das mag denn auch dazu beigetragen haben, daß man regelmäßig die Anwendbarkeit des Stadtrechtes auf den Bereich der Stadtgerichtsbarkeit einschränkte*). Zweifel entstanden hauptsächlich nur in den Fällen, wo ein schriftsässiger Mann ein Bürgerhaus erwarb und deshalb nach der Verfassung wohl der meisten Städte das Bürgerrecht gewinnen mußte, damit aber in die Reihe der wirklichen Gemeindeglieder eintrat. Aber auch in diesen Fällen wurde von den Juristen stets die Ansicht festgehalten, daß die Unterwerfung unter das Stadtrecht von der Unterwerfung unter die städtische Jurisdiction abhängig sei. Leyser und mit ihm die Helmstädt'schen Juristen (**medit. spec. LXXIX. med. IV.**) nahmen in einem solchen Falle an, daß mit dem Erwerbe des Bürgerrechts der privilegirte Gerichtsstand verloren sei und deshalb das Stadtrecht zur Geltung kommen müsse; während Stryk und andere daselbst citirte Juristen, denen später auch Pufendorf (**obs. II. Nr. 27**) gefolgt ist, die Ansicht vertheidigten, daß die Erwerbung des Bürgerrechts den bevorzugten Gerichtsstand nicht aufhebe und deshalb auch nicht das Statutar-Recht Anwendung finde. Daran, daß das eine von dem andern unabhängig sein könne, wurde nicht gedacht, jedenfalls wurde es nicht angenommen**). Worin man aber auch den wahren Grund der persönlichen Exemtionen vom Statutarzwange suchen mag — in dem befreiten Gerichtsstande oder in der Exemtion vom städtischen Gemeindeverbande und

*) Ein anderer Grund ist aber auch in der, noch im 17. Jahrhundert nicht ungewöhnlichen Ansicht deutscher Publicisten zu suchen, daß die Jurisdiction eine gewisse Gesetzgebung von selbst in sich schließe und die statutarischen Bestimmungen eben aus dieser in der Jurisdiction begründeten gesetzgeberischen Befugniß hervorgegangen seien (Eichhorn's Rechtsgeschichte Th. IV. §. 525.

**) Auf derselben Ansicht scheint es zu beruhen, daß man auf die untere Staatsdienerschaft, welche einen bevorzugten Gerichtsstand nicht genoß, desgleichen auf Soldaten und Unterofficiere im Dienst, obgleich diese doch jedenfalls nicht zur Stadtgemeinde zu zählen waren, in personalibus immer die städtischen Statuten für anwendbar gehalten hat.

von der Gemeinde-Obrigkeit — immer war dieselbe eine Ausnahme, die auf der exceptionellen Stellung einzelner Personen beruhte. Als Regel ist es immer festgehalten, daß jeder, welcher sein Domicil in der Stadt hatte, wenn er auch keine bürgerliche Nahrung trieb und deshalb das Bürgerrecht nicht zu erwerben hatte, daß jeder Einwohner (Inquilin, Häusling, Schutzverwandter) dem Stadtrechte, als seinem statuto personali, unterworfen sei. Für die Ausnahme aber war jene exceptionelle Stellung der alleinige Grund und eine wahre Bedingung; wo sie nicht vorhanden war oder sobald sie aufhörte, trat auch die Regel des Statutarzwangs ein. Man kann also nicht sagen, daß für die in Rede stehenden Personen bei der Frage: ob das Statutarrecht auch für sie Geltung habe, ihre Exemtion von der Stadtgemeinde oder von der Stadtgerichtsbarkeit etwas Zufälliges gewesen, daß auch ohne diese Exemtion der Statutarzwang nicht auf sie zu erstrecken gewesen sei. Wo sollte man auch sonst die Grenze suchen und worin sonst den Grund der Nichtanwendung des Stadtrechts setzen? Die Geltung der Statuten ist ja niemals auf diejenigen, welche bürgerliche Nahrung treiben, noch, falls nicht eine einzelne Bestimmung ausdrücklich nur für den Bürger getroffen war, auf diejenigen, welche das Bürgerrecht erworben haben, noch auf eine sonstige bestimmte Classe der Einwohnerschaft beschränkt gewesen, und es würde unmöglich sein, für die ausnahmsweise Befreiung vom Statutarzwange irgend ein anderes Fundament zu finden, als eben die Exemtion vom Gemeindeverbande und von der Stadt-Jurisdiction.

Wenn nun gegenwärtig nicht blos der bevorzugte Gerichtsstand, der persönliche sowohl wie der dingliche, aufgehoben ist, sondern auch alle Bewohner des Stadtgebiets für Gemeindemitglieder erklärt sind und alle Exemtionen der bisherigen s. g. Freihäuser aufgehört haben, wenn sonach alle Stadtbewohner und alle in der Stadt belegenen Grundstücke, soweit ihre Gemeindeangehörigkeit und ihr Gerichtsstand in Frage ist, sich völlig gleich gestellt sind, so ist damit auch das ganze Fundament der bisher vom Statutarzwange bestehenden Ausnahmen hinweggefallen. Es sind gar keine Personen und Grundstücke

mehr vorhanden, bei denen diejenigen Voraussetzungen anzutreffen sind, durch welche bisher jene Ausnahmen begründet wurden. Daraus folgt denn mit Nothwendigkeit, daß fortan überall die Regel Platz greife, also das Stadtrecht, soweit es allgemeine Normen giebt, auch allgemeine Anwendung finden muß. Wo aber, wie es bei dem hannoverschen Statut über die Erbfolge der Ehegatten der Fall ist, eine statutarische Disposition ausdrücklich auf solche Personen, welche das Bürgerrecht der Stadt erworben haben, eingeschränkt ist, da kann dieselbe auf Nichtbürger natürlich auch jetzt nicht angewandt werden; dagegen muß es für alle Bürger, ohne Rücksicht auf die frühere Canzleisässigkeit einzelner Bürger, jetzt zur Geltung kommen, da mit der Canzleisässigkeit die rechtliche Voraussetzung der bisherigen Ausnahme hinweggefallen ist.

Es ist hier noch einem Einwurfe zu begegnen, welcher auch in dem früher erwähnten Aufsatze dieses Magazins gemacht wird. Man sagt: wenn die Unterordnung unter das Stadtgericht der wahre Grund und die Voraussetzung der Anwendbarkeit der Stadtrechte war, so muß deren Anwendung jetzt ganz aufhören, weil nach Aufhebung der Stadtgerichte Niemand mehr einem solchen Gerichte unterworfen sein kann. Der Schluß ist wohl richtig, aber nicht der Vordersatz. Denn nicht die Unterwerfung unter ein städtisches Gericht als solches war die Voraussetzung der Anwendbarkeit der Statute, sondern die Anwendung derselben auf alle in der Stadt wohnhafte Personen war die Regel, die Nichtanwendung auf canzleisässige Personen aber eine durch ihren bevorzugten Gerichtsstand begründete Ausnahme. Ob das in der Stadt bestehende Gericht ein landesherrliches, oder ein städtisches (Patrimonial-Gericht) war, ist bei dieser Frage niemals entscheidend gewesen und konnte es schon deshalb nicht sein, weil die meisten städtischen Statute aus einer Zeit herstammen, wo die Städte die eigene Gerichtsbarkeit noch gar nicht erworben hatten. Es kann also auch nichts darauf ankommen, daß für die Städte an die Stelle der eigenen Patrimonial-Gerichte jetzt wieder Königliche Gerichte getreten sind. Das Königliche Amtsgericht ist jetzt das **forum regulare** für die Stadtbewohner ebensowohl, wie es früher das Stadtgericht war.

Einer andern Beurtheilung scheint aber die obige Frage zu unterliegen, wenn es sich um die Anwendung der statutarischen Bestimmungen in solchen Bezirken handelt, welche bisher als Amts- oder Stiftsfreiheiten, Vorstädte, Vororte oder unter ähnlichen Bezeichnungen auch örtlich von der übrigen Stadt gesondert waren, eine besondere Ortsgemeinde für sich bildeten, oder doch einer andern Unterobrigkeit untergeben waren. Wo solche Oertlichkeiten schon in ältern Zeiten mit zum Verwaltungsbezirke der Stadtobrigkeit gehört haben, da ist meines Wissens auch überall das Stadtrecht in ihnen zur Anwendung gekommen, während umgekehrt da, wo sie unter einer andern Ortsobrigkeit standen, das statutarische Recht in ihnen keine Geltung hatte*). Hier erscheint nun die Nichtanwendbarkeit des Stadtrechts nicht als eine Ausnahme von der in demselben localen Kreise geltenden Regel, sondern es stehen sich zwei verschiedene locale Bezirke mit verschiedenem Rechte einander gegenüber. Durch die bloße Unterordnung des bisher von der Stadt getrennten Bezirks unter die städtische Obrigkeit kann in demselben ein neues Recht an die Stelle des bisherigen nicht eingeführt sein, da eine Veränderung in der Eintheilung der obrigkeitlichen Bezirke und in der Behörden-Einrichtung selbstredend noch keine Veränderung in dem Rechtszustande dieser Bezirke herbeiführt. Ebenso wenig aber kann dadurch, daß ein solcher Bezirk mit der eigentlichen Stadt zu einer Gemeinde vereinigt und derselben incorporirt wird, eine Uebertragung des Stadtrechts bewirkt werden. Denn die Aufnahme des Bezirks in die städtische Gemeinschaft hat eben nur für die Gemeindeverhältnisse und die öffentliche Verwaltung ihre Bedeutung; das Privatrecht, welches für die beiderseitigen Bewohner Geltung hat, bleibt auch davon unberührt. Ein deutliches Beispiel gewährt die Residenzstadt selbst. Durch die Verfassungs-Urkunde vom 12. März 1824 wurde die bisher

*) Ersteres war z. B. bei Lüneburg und Stade rücksichtlich ihrer Vorstädte, letzteres in Osterode, Dannenberg, Lüchow, Harburg, Celle rücksichtlich der dortigen s. g. Freiheiten, bez. Vorstädte oder Vororte der Fall.

als eine besondere Gemeinde bestehende Neustadt Hannover mit der Altstadt zu einer Gemeinde unter einem gemeinschaftlichen Magistrate vereinigt und der Civilgerichtsbarkeit des Stadtgerichts mit unterworfen. Dabei war von einer Uebertragung des Statutar-Rechts der Altstadt auf den Bezirk der Neustadt nicht die Rede, und folgeweise blieb jeder Bezirk bei seinem bisherigen Rechte. Erst im Jahre 1830 wurde ein einzelnes Statut über die Erbfolge der Ehegatten durch besondere Verordnung auf die Neustadt ausdrücklich ausgedehnt (Verordnung vom 18. Juni 1830), während die übrigen privatrechtlichen Bestimmungen des Stadtrechts auch noch fernerhin auf die Altstadt beschränkt blieben*).

Wie sehr die hier in Frage stehenden Fälle der Vereinigung bisher getrennter Bezirke mit der Stadt von der Aufhebung der Exemtion eines Freihauses verschieden sind, fällt in die Augen. Während von einer Exemtion nur bei solchen Grundstücken die Rede sein kann, welche ihrer Belegenheit nach zur Stadt und zum Stadtgebiete gehören und nur vermöge eines speciellen Rechtstitels (Privilegium, Vertrag, Verjährung) von der Gemeindeangehörigkeit und der Gewalt der Gemeinde-Obrigkeit befreit erscheinen, handelt es sich hier um örtlich getrennte, zum städtischen Gebiete gar nicht gehörige Bezirke. Während die Exemtion eines Freihauses in den meisten Fällen in Begleitung der dinglichen Canzleisässigkeit erscheint, sind die hier in Frage stehenden nicht städtischen Gebiete einem andern Untergerichte und einer andern untern Obrigkeit unterworfen gewesen. Während die städtischen Freihäuser regelmäßig Befreiungen von den Gemeindelasten genossen, konnte eine solche Befreiung bei diesen getrennten Bezirken gar nicht in Frage sein; daß sie von städtischen Lasten nicht getroffen wurden, verstand sich freilich von selbst, da sie nicht zum Stadtgebiete gehörten; wo sie aber eine eigene Gemeinde für sich ausmachten oder einem andern Gemeindeverbande angehörten, hatten sie die Kosten dieser ihrer Gemeinde mitzutragen; und wo, was allerdings auch nicht gar selten war, die

*) Leonhardt von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum §. 45 ff.

in solchen Bezirken belegenen Grundstücke gar keiner Gemeinde angeschlossen waren, da konnte es zwar beim Mangel einer Gemeindeangehörigkeit für sie auch keine Gemeindelasten geben, aber von einer Exemtion war doch auch da nicht entfernt zu sprechen. Uebrigens soll nicht geleugnet werden, daß es einzelne Fälle geben kann, wo beides sich nahe berührt und wo es sehr schwierig sein wird zu bestimmen, ob ein im Stadtgebiete belegenes Freihaus oder ein vom Stadtgebiete geschiedener selbstständiger Bezirk in Frage kommt. Ich erinnere nur an die Verhältnisse der Klosterhöfe in einigen Städten.

Dem Obigen nach bin ich also der Ansicht, daß fortan auch die früher exemten Personen und Grundstücke dem Stadtrechte unterworfen sind. Damit soll und kann jedoch nicht gemeint sein, daß auch die schon früher begründeten Rechtsverhältnisse solcher Personen nach den statutarischen Bestimmungen derjenigen Stadt, in welcher sie ihren Wohnsitz haben, zu beurtheilen wären. Im Gegentheil, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze greift auch hier mit der Wirkung Platz, daß die Veränderungen in unserer Gesetzgebung, wodurch die in Frage stehenden Exemtionen aufgehoben sind, auf bereits erworbene Rechte und begründete Rechtsverhältnisse nicht bezogen werden dürfen, über letztere vielmehr nach den Gesetzen, unter welchen sie entstanden, zu entscheiden ist. Das gilt insbesondere auch von den Güterverhältnissen der Ehegatten. Da nun auch — zufolge eines am 8. Januar 1845 durch die Gesetzsammlung bekannt gemachten Präjudizes des OAG. — eine Veränderung des Wohnorts der Eheleute für sich allein keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse derselben in Ansehung ihres Vermögens hat, so kann die in einer Stadt geltende statutarische Gütergemeinschaft weder auf diejenigen Exemten, welche vor der Aufhebung ihrer exemten Stellung sich verheirathet haben, noch auf diejenigen sich erstrecken, welche zwar erst nachher geheirathet, aber ihren ersten Wohnsitz an einem andern Orte, wo die Gütergemeinschaft nicht gilt, gehabt haben. Ein Gleiches wird jedoch bei einem, von der Gütergemeinschaft unabhängigen statutarischen Erbrechte des überlebenden Ehegatten (portio statutaria) nicht zu behaupten sein, da dabei von bereits begründeten Rechten und Rechtsver-

hältniſſen nicht die Rede ſein kann. Eine ſolche ſtatutariſche Erbportion wird daher dem früher exemten überlebenden Ehegatten auch dann zu gewähren ſein, wenn die Ehe ſchon vor Aufhebung ſeiner Exemtion oder an einem andern Orte beſtanden hat.

II.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Gesetzes vom 22. Sept. 1850, die Verjährung persönlicher Klagen ꝛc. betreffend.

1.

Welcher Verjährung unterliegen die Klagen und Forderungen der Lotterie-Collecteure auf Bezahlung creditirten Einsatzes?

Man hat diese Klagen auf den creditirten Einsatz für Lotterieloose, soweit derselbe nach §. 6 der bekannten Verordnung von 1819 überall klagbar ist, der zweijährigen Verjährung nach §. 2 des Gesetzes vom 22. Sept. 1850 unterwerfen wollen, indeß hat das Obergericht zu Hannover diese Ansicht des Amtsgerichts daselbst in der Berufungsinstanz reprobirt und abändernd erkannt — ich glaube, aus guten Gründen. — Der angezogene §. 2 des Verjährungsgesetzes sagt: „Mit dem Ablaufe von zwei Jahren verjähren die Klagen und Forderungen 1) der Handel- und Gewerbetreibenden mit Einschluß der Künstler, für Waaren und Arbeiter, — — —." Wer dahin zu rechnen, darüber läßt unser Gesetz, überall unsre Gesetzgebung Zweifel. Vergleichen wir zunächst den in der Gewerbeordnung von 1847 aufgestellten Begriff von Gewerbetreibenden, so umfaßt derselbe die Handeltreibenden mit. §. 1 der Gewerbe-Ordnung führt nämlich als Hauptarten der „Gewerbe" an: Handwerk, Fabrikation, Handel. Wenn wir davon die Handeltreibenden abziehen, so bleiben als Gewerbetreibende im specielleren Sinne noch übrig: Handwerker und Fabrikanten, und wenn die

Fabrikation durchgängig lediglich als eine höhere Potenz des Handwerks erscheint: Handwerker allein. Dieser Begriff eines Gewerbetreibenden stimmt auch mit dem des gewöhnlichen Lebens überein. Wenn man beispielsweise davon redet, daß das Land vorzugsweise von Ackerbau, Viehzucht u. s. w., die Stadt von Handel und Gewerbe lebe, so versteht man unter Gewerbe präcise eben das Handwerk (und die Fabrikation), ja in früherer Zeit verstand man den Ausdruck noch enger, indem man lediglich den zünftigen Handel und das zünftige Handwerk darunter begriff. Daß jener deducirte Begriff des Gewerbetreibenden der Nro. 1 des §. 2 des Verjährungsgesetzes wirklich zu Grunde liege, lehrt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Nach dem der XI. Stände-Versammlung von 18$^{4}/_{50}$ vorgelegten Entwurfe sollte jene Nummer so gefaßt werden „—die Forderungen 1) der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker für u. s. w." (wie im publicirten Gesetze.) Damit war der weite Begriff der Gewerbetreibenden im Sinne der Gewerbe-Ordnung offenbar ausgeschlossen; denn daß z. B. Mäkler, Commissionäre, Agenten u. s. w. nicht zu den Fabrikunternehmern, Kaufleuten, Krämern, Künstlern und Handwerkern gehören, ist offenbar. Die zur Begutachtung des Entwurfs niedergesetzte Commission schlug dagegen vor, in §. 2 Nro. 1 hinter: „Handwerker" zu setzen: „Brenner, Brauer, Viehändler, so wie überhaupt der Handel- und Gewerbetreibenden." Gegen den ersten Zusatz sprachen sich sowol die Cammern, wie die Regierung aus. Den letzten Zusatz hielt man dagegen nicht für gänzlich überflüssig, weil bezeugt wurde, daß die Ausdrücke: „Kaufleute, Krämer, Handwerker" den Zweifel übrig ließen, ob alle Handel- und Gewerbetreibende darunter zu verstehen seien, und daß namentlich da, wo der Betrieb eines Gewerbes freierer Natur, — wo Zünfte und Gewerbebeschränkungen fehlen, — der Ausdruck des Reg.-Entwurfs zu einer zu beschränkten Auffassung führen mögte *). Wenn man also jene Worte als wirklichen Zusatz zu dem Reg.-Entw. adoptirt hätte, so würde man doch damit in der That nichts materiell Neues haben hinzufügen wollen, nur mit Rücksicht auf die Verhältnisse der ver-

*) Landtagsblatt II. K. XI. St. B. I. D. S. 619.

schiedenen Landestheile hätte man dieselbe Sache zweimal bezeichnet. Nun sah man aber leicht ein, daß der Zusatz selbst auch für die Landestheile, wo Zünfte und Gewerbebeschränkungen existirten, als ein bezeichnender betrachtet werden konnte, und deßhalb strich man die Aufzählungen des Reg.-Entw. und behielt lediglich den von der Commission vorgeschlagenen allgemeinen Zusatz bei. Umgekehrt muß es also auch gestattet sein, diesen Zusatz, der jetzt allein im Gesetze steht, durch die ursprünglichen Aufzählungen des Entwurfs auszulegen. „Handel- und Gewerbetreibende" im Verjährungsgesetze bedeutet also nichts Anderes, als Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer und Handwerker. Kaufleute und Krämer sind die Handel-, Fabrikanten und Handwerker die Gewerbetreibenden der Nro. 1 des §. 2 des Verjährungsgesetzes.

Was nun die Lotterie-Collecteure speciell angeht, so gehören sie zu den Gewerbetreibenden in jenem Sinne ganz gewiß nicht. Die Lotterie-Direction würde es ihnen sicher ebenso verargen, wenn sie durch eigener Hände Werk, als wenn sie auf fabrikmäßige Weise Loose verfertigen wollten, und das wäre doch als das einzig mögliche Product solcher berufsartigen Thätigkeit als Handwerker oder Fabrikanten zu denken. Es ist aber die Frage, ob sie als Kaufleute oder Krämer, als Handeltreibende zu betrachten seien. In einem gewöhnlichen Sinne Handel mit den Loosen zu treiben, ist ihnen bekanntlich gänzlich untersagt. Allein auch in dem strengeren Begriffe werden sie nicht als Handeltreibende oder Kaufleute erscheinen. Das wesentlichste Erforderniß eines Handeltreibenden ist: das Verkaufen, ohne dieß jedoch als ein absolutes Merkmal, noch als erschöpfendes Kriterium aufstellen zu wollen. Man zählt zu den Handeltreibenden gewöhnlich auch die sogenannten Nebenpersonen, welche zur Vermittelung von Handelsgeschäften zugezogen werden. In vorliegendem Falle aber, wo Handeltreibender aequal Kaufmann oder Krämer ist, kann dieß nicht Statt finden. Das Verkaufen setzt eine Waare, welche verkauft wird, und ein Aequivalent, welches dafür gegeben wird, voraus. Nun redet man freilich im gewöhnlichen Sprachgebrauch häufig von einem Kaufen oder Verkaufen, von dem Preise, vom Bezahlen eines Looses, man redet von einem Creditiren des Preises u. s. w.

Allein das sind offenbar nur kurze und falsche Bezeichnungen einer sonst vielleicht etwas weitläufiger auszudrückenden Sache. Das Gesetz redet nicht vom Kaufen, sondern vom Spielen oder Abnehmen eines Looses, es redet nicht von Käufern, sondern von Abnehmern oder Interessenten, es redet nicht vom Verkaufen, sondern vom Debitiren, nicht vom Preise des Looses und Bezahlung und Creditirung desselben, sondern vom Einsatz und dessen Bezahlung oder Creditirung. Das Loos selbst ist keine Waare, sondern, wie die Worte desselben besagen, eine Bescheinigung über bezahlten Einsatz, auf Grund deren, der Inhaber desselben den etwaigen Gewinn von seinem Collecteur oder von der Lotterie-Direction unmittelbar fordert. Man kann ja auch Loose unmittelbar von dieser selbst erhalten, und da wird sich sofort das Unstattnehmige der Auffassung derselben als eines Handeltreibenden, als eines Kaufmanns oder Krämers herausstellen. Der Lotterie-Collecteur ist also weder als Handel- noch als Gewerbetreibender im Sinne der Nro. 1 des §. 2 des Verjährungsgesetzes zu betrachten. Als was erscheinen sie, und welcher Verjährung sind die Klagen aus ihren Forderungen wegen creditirten Einsatzes unterworfen? Würde man die Lotterie-Collecteure oder ihre Forderungen unter keine andere Kategorie der in §§. 2 und 3 aufgezählten Personen, oder Forderungen bringen können, so müßte die allgemeine 10jährige Verjährung auf jene Klagen anwendbar sein. Nun bestimmt aber die Nro. 2 des §. 3 daß die Klagen und Forderungen „der Mäkler und überhaupt aller derjenigen Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, oder sonst aus der Uebernehmung einzelner Arten von Aufträgen ein Gewerbe machen," in vier Jahren verjähren sollen. Die Lotterie-Collecteure sind nun allerdings zu den Personen zu rechnen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen werden. Das Geschäft, welches sie zu besorgen haben, besteht in der Vermittelung des Verkehrs zwischen den Interessenten, welche sich an dem Lotteriespiel betheiligen wollen und der Lotterie-Direction, in dem Absetzen oder Debitiren der Loose, sie werden von der Obrigkeit dazu förmlich concessionirt, sie erhalten eine bestimmte Instruction von der Lotterie-Direc-

tion und werden darin ausdrücklich als „Commissionäre“ derselben bezeichnet.

Ich glaube daher nicht, daß die Klagen und Forderungen der Lotterie-Collecteure wegen creditirten Einsatzes der zweijährigen Verjährung unterworfen sein können, weil sie nicht als Handel- oder Gewerbetreibende im Sinne der Nro. 1 des §. 2 des Verjährungsgesetzes erscheinen. Wollte man sie aber auch als solche betrachten, so müßten selbige Klagen doch nach der Regel: species derogat generi, der Nro. 2 des §. 3 desselben Gesetzes gemäß als der vierjährigen Verjährung unterworfen erscheinen.

Dr. Schnell zu Hannover.

2.

Restitution wider den Ablauf der Verjährung propter absentiam oder ex clausula generali.

Die Frage, ob wider den Ablauf der durch Gesetz vom 22. Septbr. 1850 eingeführten kurzen Verjährung eine Restitution propter absentiam oder ex clausula generali stattfinden könne, ist beim Obergerichte zu Stade in abstracto bejaht, wie die nachstehende Entscheidung in Sachen: Aldag ctr. Meyer ergeben.

Da das Gesetz vom 22. Septbr. 1850 als ein blos correctorisches in denjenigen Puncten, über welche es selbst keine Vorschriften getroffen hat, den gemeinrechtlichen Bestimmungen nicht derogirt,

da nach gemeinem Rechte eine Restitution gegen den Ablauf der Verjährungszeit, jedenfalls bei jeder kürzern als 30jährigen Verjährung, propter absentiam oder ex clausula Praetoris generali gestattet ist, und daraus, daß nach dem Gesetze vom 22. Septbr. 1850 alle rein persönlichen Klagen, für welche nicht noch kürzere Fristen vorgeschrieben sind, fortan binnen 10 Jahren verjähren, nicht herzuleiten steht, daß die besondern Bestimmungen, die im gemeinen Rechte für die 30jährige Verjährung mit Rücksicht auf deren lange Dauer getroffen sind, jetzt auf die 10jährige Verjährung anzuwenden sind, indem auch jetzt noch neben dieser 10jährigen Verjährung die 30jährige für dingliche und gemischte Klagen fortbesteht,

da ferner auch aus der im §. 6 des gedachten Gesetzes den Minderjährigen als solchen abgesprochenen Restitution gegen den Ablauf der Verjährung nicht gefolgert werden kann, daß auch die gemeinrechtlichen Grundsätze über sonstige Restitutionen, welche auch den Volljährigen zu statten kommen, haben aufgehoben sein sollen,

da hiernach zwar nicht bezweifelt werden mag, daß auch gegen den Ablauf der in dem Gesetze vom 22. Septbr. 1850 bestimmten 2=, 4= und 10jährigen Verjährung eine Restitution wegen Abwesenheit oder ex clausula generali im geeigneten Falle ertheilt werden kann;

da jedoch in dem zur Begründung des Restitutionsantrags nur angeführten Umstande, daß der am 27. Decbr. 1852, also noch vor Ablauf der Verjährungsfrist extrahirte Zahlungsbefehl wegen der damaligen Geschäftsüberhäufung der Gerichtsvogte vor Ablauf des Jahrs nicht mehr habe behändigt werden können, ein genügender Restitutionsgrund nicht zu befinden ist, indem zwar die damalige Geschäftsüberhäufung der Gerichtsvögte notorisch ist, der Kläger aber bei der erst am 27. Decbr. v. J. geschehenen Mandats=Extrahirung gar nicht mehr mit Sicherheit erwarten konnte, daß die 4tägige Frist, welche die b. Pr. O. im §. 128 dem Gerichtsvogte zu einer auswärts vorzunehmenden Behändigung gestattet, noch bis zum Jahresschlusse übrig sein werde, hiernach aber der Kläger selbst an der gehörigen Sorgfalt zur zeitigen Unterbrechung der dem Ablaufe nahen Verjährung es hat fehlen lassen,

so wird unter Aufhebung der Entscheidung des Unterrichters dem Kläger die Restitution versagt u. s. w.

OGVD. Dr. Francke.

3.

Zum §. 11 des Verjährungsgesetzes mit Rücksicht auf das Allg. Preuß. Landrecht.

In dem Aufsatze Nro. 5 des zweiten Bandes dieses Magazins: zum Gesetze vom 22. Sept. 1850, die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kürzerer Verjährungsfristen betreffend, ist folgendes ausgeführt. Es sei anzunehmen,

daß die gegenseitigen Forderungen in ihrer Integrität bis dahin fortbestehen, daß von einem Theile die Compensation geltend gemacht werde und daß bis dahin auch jede ihrer besonderen Verjährung unterliege. Die für die eine Forderung laufende Verjährung könne also vollendet werden, während die Klage aus der andern noch fortdauere; werde dieselbe zeitig erhoben, so sei die Compensation mit der verjährten Gegenforderung nach §. 11 dieses Gesetzes immer ausgeschlossen.

Diese Ausführung mag dort, wo das gemeine Recht gilt, vielleicht ganz richtig sein; — hier in Ostfriesland, überhaupt in Gegenden, wo das Preußische allgemeine Landrecht zur Anwendung kommt, ist sie schwerlich zutreffend. Denn es ist eine ausdrückliche Bestimmung des §. 301 Tit. 16 Th. I. des Allg. Landrechts: daß sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen geachtet wird, — die Compensation mithin **ipso jure** eintritt.

Wenn auch nur fällige und gleichartige Forderungen gegen einander aufgehoben werden können, conf. §. 343 alld., so kommt es doch, sobald Gegenstand, Zeit und Ort übereinstimmend sind, auf den Ursprung der wechselseitigen Forderungen nicht an, §. 346; kann also von dem Erfordernisse der Connexität dabei nicht die Rede sein. — Und, obwohl nach dem §. 359 die Compensation, falls die Forderung des Einen eingeräumt oder sonst sogleich klar, die andere aber von dem Gegentheile noch bestritten wird, nur in sofern stattfindet, als die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Proceßordnung sofort liquide gemacht werden kann, und nach §. 360, so weit dieses nicht zu bewirken ist, der Schuldner der liquiden Forderung Zahlung leisten muß; so findet dennoch zufolge der Vorschrift im §. 361, falls die bestrittene Gegenforderung in der Folge liquide gemacht wird, wegen des Zeitpunktes, wo die Compensation geschehen, und also die Forderung des Andern erloschen ist, die Vorschrift des §. 301 Anwendung. Hier wurde kürzlich (in Sachen Advocat Franzius in Leer, Namens der Wittwe des Apothekers Börner daselbst, Kläger wieder den Schiffer Simon Schode zu Bockreteleresehn, Beklagten wegen Forderung) auch schon demgemäß entschieden. — Beklagter opponirte die Einrede der Com-

pensation; Kläger replicirte, daß die Gegenforderung, worauf die Compensation sich stütze, als durch die Verjährung erloschen anzunehmen sei. Im Erkenntnisse wurde die Klage als durch die Einrede der Compensation mit der Gegenforderung elidirt erkannt und die Replik der Verjährung der Gegenforderung als unbegründet verworfen, weil die Compensation ipso jure schon vor dem 1. Jan. d. J. erfolgt sei, überhaupt, da die beiden Forderungen schon 1840 existirt hätten, solche auch schon damals gegenseitig erloschen seien, so daß die durch das Gesetz vom 22. Sept. 1850 eingeführte zweijährige Verjährung gar nicht mehr habe eintreten können. Es wurde daneben bemerkt, daß der §. 11 des Gesetzes vom 22. Sept. 1850 dieser Entscheidung nur scheinbar entgegenstehe, indem dadurch nur die gemeinrechtliche Controverse entschieden sei, daß nach einmal eingetretener Verjährung die immer noch verbleibende Naturalobligation nicht durch die Einrede der Compensation solle zur Geltung gebracht werden können.

Bojunga.

III.

Die bisherige Thätigkeit des durch die hannoversche Gesetzgebung vom 8. Nov. 1850 beim K. Oberappellationsgerichte zu Celle angeordneten Cassationssenats.

Nachdem schon durch das Gesetz vom 24. Decbr. 1849 für das provisorisch eingerichtete Strafverfahren mit Geschwornen der nach §. 44 des Gesetzes vom 8. Septbr. 1840 zu bildende Urtheilssenat des K. OAG. als Cassationssenat bestellt war, über dessen Thätigkeit und wichtigere Entscheidungen in den frühern Jahrgängen dieser Zeitschrift Mittheilung gemacht ist, hat die Gesetzgebung vom 8. November 1850, namentlich das Gesetz über die Gerichtsverfassung §. 50, für die Entscheidung aller sowohl in Civil- als in Strafsachen an das OAG. gelangten Nichtigkeitsbeschwerden einen aus Mitgliedern des OAG. zusammengesetzten Cassationssenat in zwei Abtheilungen verordnet, von denen die Civilabtheilung gebildet wird aus den beiden Präsidenten und 6 Räthen des ersten und dritten Senats, die Criminalabtheilung aus den beiden Präsidenten und 6 Räthen des zweiten und vierten Senats. Das jüngste der 8 Mitglieder nimmt an der Entscheidung nur aushelfsweise Theil. Für Nichtigkeitsbeschwerden gegen eine Verfügung des OAG. treten die beiden Abtheilungen (9 Mitglieder, jedoch mit Ausschluß der bei der angefochtenen Verfügung betheiligten) zusammen. —

Diese mit dem 1. October 1852 als dem Zeitpunkte der wirklichen Einführung der neuen Gerichtsorganisation und Pro-

ceßvorschriften ins Leben gerufene Einrichtung konnte indeß erst Anfang des Jahrs 1853 wirksam werden, wo die Königliche Ernennung der Mitglieder erfolgte, der gemäß der Cassationssenat besteht

1) Civil-Abtheilung aus den Herrn: Vicepräsidenten Dr. Leist, Excellenz, und von Düring, Oberappellationsräthen Freiherr von Uslar-Gleichen, Graf von Inn- und Knyphausen, von Schlepegrell, von Trampe, von Hugo, Meyer.

2) Criminal-Abtheilung aus den Herrn: Präsidenten von der Osten, Excellenz, Vicepräsidenten, Staatsminister von Rössing, Excellenz, Oberappellationsräthen von Estorff, Kirchhoff, von Hassel, von der Wense, von Werlhof.

Während des etwa einjährigen Bestehens dieses Gerichtshofs bis zum 1. November 1853, sind von demselben im Ganzen 28 Nichtigkeitsbeschwerden verhandelt und entschieden worden, 8 in Civilsachen, 20 in Strafsachen, von jeder der beiden Gattungen eine im combinirten Cassationssenate.

Ist es dem Referenten erlaubt, der Mittheilung der einzelnen Fälle seine Ansicht über die Einrichtung und Stellung des erwähnten Gerichtshofs in einigen unmaßgeblichen Bemerkungen voranzuschicken, so wagt derselbe, natürlich unter völliger Anerkennung der Nothwendigkeit des ganzen Instituts, zunächst seine Bedenken gegen die Zusammensetzung der Abtheilungen, wie sie durch das Gesetz beliebt ist, zu äußern, Bedenken, die man von vielen Seiten zu vernehmen Gelegenheit hat. Sie liegen auch wahrlich nicht fern, weshalb ihre Andeutung zur Bildung unbefangenen Urtheils schon genügen wird. Bekanntlich theilt sich das OAG. in drei Civilsenate nach denjenigen Provinzen des Königreichs, aus denen die Proceßsachen zur Entscheidung gelangen, während der Criminalsenat für sämmtliche Provinzen angeordnet ist. Als Cassationssenat sollen nun die Mitglieder zweier Civilsenate auch die Nichtigkeitsbeschwerde aus den Provinzen des zweiten Senats mit erledigen, während der letztere bei Strafsachen concurrirt, die seinem Wirkungskreise sonst völlig fremd sind. Die Thätigkeit des Criminalsenats ist durch die neue StPO. ziemlich auf die Functionen einer Anklagekammer beschränkt, nichts desto weniger hat das Gesetz nur einen Theil der Mitglieder für die Theilnahme an der Cassa-

tionsentscheidung in Strafsachen bestimmt, während der Fall ziemlich regelmäßig eintreten wird, daß wenn eine vom OAG. in Strafsachen abgegebene Verfügung Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde bildet, dann ausschließlich Mitglieder des Civilsenats in Strafsachen die letzte Entscheidung abzugeben haben, indem die Mitglieder des Criminalsenats als Theilnehmer der frühern Verfügung ausscheiden. Wird der Criminalsenat z. B. die Entscheidung der Civilmitglieder des Cassationssenats auf Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes (§. 220 der StPO.) anzuerkennen geneigt sein; wird der in höchster Instanz gleich selbständige zweite (Lüneburgsche) Civilsenat seine Ueberzeugung für die Folge demjenigen unterzuordnen geneigt sein, was in Lüneburgschen Civilsachen die Mitglieder des ersten und dritten Senats als Cassationshof entschieden haben? — Dafür bietet die ganze Anordnung so wenig Garantieen, daß, soll der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck in vollem Maaße erreicht werden, eine Aenderung zu treffen sein möchte, die auch leicht herzustellen sein würde, wenn allerdings erst durch ein neues Gesetz. —

Was sodann im Uebrigen die richterliche Stellung der Behörde anlangt, so leitet die Einsicht der einzelnen in Strafsachen abgegebenen Entscheidungen wohl auf das Bedenken von selbst schon hin, daß bei Beobachtung der Formalien das Gesetz mit sehr großer Strenge zu verfahren vorschreibe. Allerdings werden die jetzt gerügten Mängel bei Anbringung der Querelen hinfüro leichter vermieden werden können, nachdem sie öffentlich kund geworden; auch ist Strenge in den Voraussetzungen für Gebrauch dieses außerordentlichen Rechtsmittels gewiß nothwendige Garantie gegen Mißbrauch. Dennoch mag es als eine bedenkliche Härte erscheinen, daß schon bei der Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde der einzelne Nichtigkeitsgrund bestimmt angegeben werden solle, was doch noch bei der Rechtfertigung statthaft sein könnte. Andre deutsche Gesetzgebungen mögen zu weit gehen, wenn sie den Cassationsrichter zur Berücksichtigung, selbst Aufsuchung der Nichtigkeiten ex officio verpflichten, wenngleich die unbedingte Berücksichtigung der Nullität Nro. 7 unserer StPO §. 215, wie sie einige andre StPO. vorschreiben, im Interesse des Beschuldigten Beifall finden dürfte.

Den gesetzlichen Bestimmungen des §. 215 Nro. 7 der StPO., welche ja wesentlich übereinstimmen mit dem §. 137 des Ges. vom 24. Decbr. 1849, ist wohl der Vorwurf gemacht, daß es bedenklich sei, wie unsere Gesetzgebung es thue, die Fälle der Verletzung oder unrichtigen Anwendung eines Gesetzes oder Rechtsgrundsatzes zu specialisiren, während andre deutsche StPO. die generelle Fassung gewählt haben. Indeß nimmt schon Schletter in seiner Fortsetzung von Hitzigs Annalen neue Folge, Bd. XXXI. Hft. 1 (Octoberheft des Jahrgangs 1852) S. 80 u. S. 87, das Gesetz gegen den Vorwurf in Schutz, als ob es nicht gegen die unrichtige Characterisirung einer allerdings strafbaren Handlung als bestimmtes Verbrechen schützen sollte, wenn durch solche unrichtige Characterisirung Strafart oder Strafmaaß unrichtig gewählt würde. Denn schwerlich hat das Gesetz den Cassationsrichter bei der Prüfung der Frage, ob der frühere Richter auf eine von dem Gesetze für das Verbrechen nicht angedrohte Strafe erkannt habe ꝛc., auf die Untersuchung beschränken wollen: ob der frühere Richter für das nach dessen Annahme begangene Verbrechen eine durchaus unzulässige Strafe erkannt habe, vielmehr wird er zunächst selbst die strafbare Handlung zu characterisiren und dann nach seiner Bestimmung des Verbrechens die Zulässigkeit der Strafe zu prüfen haben *). Wenn der Cassationsrichter so seine Pflicht auffaßt **), so wird er es immer in der Hand haben, erhebliche materielle Ungerechtigkeit der angefochtenen Urtheile zu beseitigen; und da bedenkliche Unvollständigkeiten gegen unser specialisirtes Gesetz sonst nicht hervorgehoben sind, so möchte ich für dasselbe gerade in der hervorgehobenen Beziehung einen Vorzug vindiciren z. B. im Verhältniß zum preuß. und ähnlichen StPGesetzen, die ganz allgemein schon die Verletzung oder unrichtige Anwendung eines Gesetzes oder Rechtsgrundsatzes als Nichtigkeitsgrund bezeichnen ***). Denn unser Gesetz überhebt doch mindestens den

*) Braunschw. §. 158. 168. vgl. auch Würtemb. Gesetz Art. 193, I., 4. Badensche Verordnung von 1851 §. 115 Nro. I., 3.

**) So hat der frühere Cassationssenat am 2. Juli 1852 in Sachen Wiegand und Ehefrau Dohrmann wegen versuchten Raubmordes erkannt. Vgl. auch Martin Bd. II. S. 157 dieses Magazins.

***) Preuß. StPO. §. 139 Nro. 21, Ges. vom 3. Mai 1852, Art. 107.

Cassationsrichter der Pflicht, ein Strafurtheil zu cassiren, weil eine strafbare Handlung darin nicht auf richtige Weise zum Verbrechen gestempelt ist, weil z. B. eine Unterschlagung als Diebstahl bezeichnet ist, während dies in Strafart und Strafmaaß ganz gleichgültig sein mag. Eine restrictive Erklärung wird die Tendenz des preuß. Gesetzes zwar nur auf Fälle materieller Beeinträchtigung des Nichtigkeitsquerulanten beziehen, allein diese ist bei dem großen gesetzlichen Umfange des richterlichen Arbitrii in Strafart und Strafmaaß schwer zu begränzen, und soll sie nur in der gesetzlichen Unzulässigkeit des erkannten Strafmaaßes oder der gewählten Strafart liegen, so hätte dies doch besser, und zwar wie es unser hannov. Gesetz thut, ausgedrückt werden können*).

Bei der nachfolgenden Aufzählung der einzelnen vor den verschiedenen Abtheilungen des Cassationssenats vorgekommenen Fälle ist die Mittheilung möglichst auf das rechtlich Interessante zu beschränken gewesen, weshalb einige nur Andeutung gefunden haben, von andern nur die Entscheidung, soweit sie in sich verständlich erschien, ohne weitere factische Einleitung vorgelegt worden ist. Letztere ist den Urtheilen der Civilabtheilung regelmäßig**) eingeschaltet, während die zweite Abtheilung des Cassationssenats nur die motivirten Entscheidungen zu geben pflegt.

I.

Civilsachen.

1. Verhandlung vom 21. Mai 1853 in Sachen des Anbauers Könemann zu Hederdorf, Beklagten, wider den Senator Aldefeld zu Peine, Kläger, wegen Forderung.

Der Querulant Könemann focht die Entscheidungen des Amtsgerichts Meinersen und des Berufungsgerichts, OG. zu Celle, auf Grund des §. 431. Nr. 9. Abs. 1 der Allg. BPO. an, weil durch jene in seinem Rechtsstreite mit dem Senator

*) Dies thut die Oestr. StPO. §. 353, i und k. — Die S. Weimarsche ꝛc. Art. 306.

**) Der Vorschrift der BPO. §. 356. Nr. 4. entsprechend; die Vorschrift der StPO. §. 157. enthielt derartige Vorschrift nicht, dürfte auch überall von Endurtheilen auf Entscheidungen des Cassationssenats keine analoge Anwendung finden.

Aldefeld das rechtskräftige Beweisinterlocut vom März 1852 bei Beurtheilung des vom Kläger versuchten Beweises nicht in aller Maße Berücksichtigung gefunden habe.

Im Termine vom 21. Mai 1853 suchte Querulant seine Anträge näher zu begründen, während sein Gegner entblieben war; der Cassationssenat verwarf aber die Beschwerde als grundlos, weil nach den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts dasselbe das erwähnte Beweisinterlocut durchaus als Basis für die Prüfung des Beweises beibehalten habe.

2. Verhandlung vom 25. Juni und 21. Juli 1853 in Sachen des Branntweinbrenners Johann Schultz zu Assel als gesetzlichen Vertreters der mit seiner weil. Ehefrau Katharine geb. Pohlmann, adoptirten Sylvester, erzeugten Kinder, Querulanten, wider den Kirchspielsheber Franz zu Drochtersen als Vormund der Kinder weil. Hausmanns Sylvester daselbst, Querulaten, die gerichtliche Versiegelung des Nachlasses des weil. Sylvester betreffend.

Am 7. December 1852 wohnte der Querulant der Eröffnung des Testaments des am selbigen Tage verstorbenen Landesdeputirten Sylvester vor dem Amtsgerichte Bützfleth bei, in welcher letztwilligen Disposition außer einer Erbeseinsetzung das Verbot der Versieglung seines Nachlasses verordnet war. Querulant, der Namens seiner Kinder als Successoren seiner Ehefrau, adoptirten Sylvester, fideicommissarische Erbrechte geltend machen zu können behauptete, auch bescheinigte, stellte den Antrag auf sofortige Versieglung und Inventarisation des Nachlasses; welchem Antrage das Amtsgericht mittelst Bescheides vom selbigen Tage Statt gab, weil, nachdem der ꝛc. Schultz ein Interesse an der Sicherstellung des Nachlasses nachgewiesen habe, dieser als einem Gegenstande des öffentlichen Rechts das testamentarische Verbot nicht entgegenstehe.

Der Vormund der instituirten Sylvesterschen Kinder erwirkte indeß auf seinen Antrag, der übrigens auf Verurtheilung des Amtsgerichts in die Kosten ging, beim OG. zu Stade eine in berathender, nicht öffentlicher Sitzung gefaßte Entscheidung vom 8. Januar 1853, wodurch die Verfügung

des Amtsgerichts unter Verurtheilung des Schultz in die Kosten beseitigt wurde.

Dagegen hat Querulant die Nichtigkeitsbeschwerde beim Cassationssenate erhoben, 1) weil er unverhörter Sache mit seinem Antrage abgewiesen und resp. verurtheilt sei, BPO. §. 431 Nr. 11; 2) weil in geheimer Sitzung abgeurtheilt sei, BPO. §. 431 Nr. 12; 3) weil auch der kleine Senat des Stader OG. der von ihm ausgeübten Gattung der Gerichtsbarkeit ermangle; und (ferner im Audienztermine vom 25. Juni 1853 noch) 4) weil rücksichtlich des Kostenpuncts selbst ohne Antrag des Gegners gegen ihn erkannt sei (§. 431 cit. Nr. 8). Ohngeachtet des Widerspruchs des Querulaten, gestützt auf §. 456 und 458 der BPO., erkannte der Cassationssenat mittelst des am 21. Juli 1853 eröffneten Urtheils:

„In Erwägung 1) daß die Verfügung des K. Amtsgerichts Bützfleth vom 7. Dec. 1852 als ein Act der streitigen Gerichtsbarkeit und zwar als eine nach §. 522 der BPO. im Falle dringender Gefahr auch auf einseitigen Antrag zulässige, einstweilige Verfügung aufzufassen ist, gegen welche dem Querulaten die Gegenvorstellung bei demselben Gerichte, nicht aber die Beschwerde gegen das letztere bei dem vorgesetzten Gerichte zustand;

2) daß zwar in der materiellen Entscheidung über die dessen ohngeachtet bei dem kleinen Senate des OG. zu Stade angebrachte Beschwerde, eine Nichtigkeit nach §. 431. Nr. 11 der BPO. nicht erfindlich ist, da dem angerufenen Gerichte diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit, welche es in Beziehung auf diese Sache ausgeübt hat, keineswegs ermangelt; auch

3) der Nichtigkeitsgrund Nr. 8 des §. 431 nicht zutreffend zu erachten ist, da der damalige Beschwerdeführer die Erstattung der Kosten begehrt hatte, und wenn der kleine Senat des OG. zu Stade nicht dem Untergerichte, sondern dem jetzigen Querulanten als Antragsteller die Erstattung der Kosten der Beschwerdeführung auferlegte, damit nicht über den Antrag der Partei hinaus erkannte;

4) ferner auch in der Ausschließung der Oeffentlichkeit des Verfahrens nach Nr. 12. §. 431 ein Nichtigkeitsgrund nicht anzunehmen ist, da die Form des Verfahrens nach den für das

einmal eingeleitete Verfahren vorgeschriebenen gesetzlichen Normen zu beurtheilen ist, die Entscheidung über eine gegen das Gericht gerichtete Beschwerde aber nach §. 456 in berathender Sitzung erfolgen soll;

5) daß aber die Entscheidung des kleinen Senats des OG. zu Stade in sofern diese ein erworbenes processualisches Recht des Querulanten aufhob, also diesen mit seinem Antrage abwies und in die Kosten verurtheilte, ohne doch demselben die Möglichkeit einer vom Gesetze unbedingt gestatteten Vertheidigung zu gewähren, nach §. 431 Nr. 11 cit. allerdings als nichtig erscheint, auch

6) eine Berufung wider jene Entscheidung (des Amtsgerichts) nicht für zulässig zu erachten ist;

so wird die Entscheidung des kleinen Senats des OG. zu Stade vom 8. Januar 1853 vernichtet und wird dann ferner erkannt,

daß die an denselben gerichtete Beschwerde des jetzigen Querulaten als formell unzulässig zurückzuweisen, die Verfügung des Amtsgerichts B. vom 7. Decbr. 1852 einstweilen wieder herzustellen sei, Querulat aber die Kosten der damaligen Beschwerdeführung wie auch der jetzigen Instanz zu tragen, und beziehungsweise zu erstatten habe."

3. Verhandlung vom 5. Juni 1853 in Sachen OGA. Dr. Linsenhof zu Osterode, Klägers, Querulanten wider den Schmiedemeister Linsenhof zu Dorste, Beklagten, Querulaten wegen Ansprüche aus dem väterlichen Testamente.

Die wider Erkenntnisse des Osteroder OG. vom Querulanten erhobene, am 3. Juni 1853 verhandelte Nichtigkeitsbeschwerde, die als ohne rechtliches Interesse hier nicht weiter mitgetheilt wird, ist durch Urtheil des Cassationssenats ebensowohl verworfen, als die spätern Ergänzungsanträge ꝛc. vom 20. Juni des Querulanten mittelst Entscheidung vom 20. September 1853.

4. Verhandlung vom 10. September 1853 in Sachen Vollköthner Lüders zu Gr. Lopke wider Kaufmann Oekermann zu Peine wegen Forderung.

Ausführlich mitgetheilt in dem weiter unten folgenden Auf-

ſatze: Bemerkungen zum Uebergangsgeſetze vom 4. Mai 1852 in der Note.

5. Verhandlung vom 24. Sept. und 10. October 1853 in Sachen Fabrikant Meyer zu Beckerode, Kläger wider Fabrikant Wellenkamp zu Lüneburg, Beklagten, wegen Forderung.

Kläger hatte gegen ein in der Berufungs-Inſtanz vom OG. zu Lüneburg abgegebenes reformatoriſches Urtheil Nichtigkeitsbeſchwerde erhoben, bei deren Entſcheidung es minder auf Rechtsfragen, als auf richtige Auffaſſung der Verhandlungen und richterlichen Verfügungen ankam; der Caſſationsſenat verwarf die Querel durch Urtheil de dato publ. 1. October 1853, weil die Nichtigkeitsgründe der BPO. §. 431. Nr. 8 und 9 nicht vorliegen.

6. Am 15. October 1853 kam eine Nichtigkeitsbeſchwerde der Ehefrau Thölke zu Klauen gegen die Wittwe Ende zu Wätzum wegen eines Hofes vor dem combinirten Caſſationsſenate des K. OAG. zur Verhandlung.

Der Querulant hatte hier in ſeinen ſchriftlichen Anträgen ganz allgemein nur einzelne Nummern des §. 431 der BPO. angezogen, um diejenigen Nichtigkeiten zu bezeichnen, wegen welcher er die Querel erhoben haben wollte, ohne dies durch thatſächliche Anführungen aus den Akten vorher zu erläutern. In der Audienz, wo er dieſe Erläuterung natürlich nachholte, rügte der Gegner dies als einen Verſtoß gegen den §. 435, der eine Verwerfung der Querel wegen verſpäteter formgerechter Erhebung zur Folge haben müſſe, er ließ ſich jedoch eventuell auf die Querel ein, ohne um Anſetzung eines neuen Termins zu bitten. Der Querulant glaubte dagegen, daß jener Verſtoß, nachdem die Erklärung, überhaupt die Nichtigkeitsbeſchwerde erheben zu wollen, zeitig eingekommen ſei, mit Rückſicht auf die §§. 93 und 94. der BPO. und auf die höchſt ſecundaire Bedeutung, welche das Geſetz überall dem Inhalte der Schriftſätze beimeſſe, kein weſentlicher ſei, nur zur Anſetzung eines neuen Termins auf ſeine Koſten berechtigt haben würde, wenn Querulat darauf beſtände und nicht wie hier, nach ſeiner mündlichen Vervollſtändigung der Anträge, auf Anſetzung eines neuen Termins verzichtet hätte, daß jener Verſtoß aber niemals

die Folge haben könne, die Nichtigkeitsquerel im Ganzen als verspätet darzustellen, zumal man dem Gesetzgeber die Absicht nicht zumuthen könne, an so vage gehaltene Merkmale, wie es die im §. 435 für die Form der Anträge aufgestellten Erfordernisse seien, die Folge des völligen Verlustes der Rechtsmittel zu knüpfen.

Der combinirte Cassationssenat sprach sich jedoch am 22. October dahin aus, daß eine der Formrequisition des §. 435 nicht entsprechende Nichtigkeitsquerel überall nicht zu attendiren sei, und verwarf daher die Querel als eine unzulässige.

7. Verhandlung vom 17. und 24. October 1853 in Sachen Auctionator Habbeler zu Schledehausen, Beklagten, wider den Colonen Meyer zu Mackelesch, modo dessen Wittwe, Klägerin, wegen Geschäftsführung.

Gegen zwei Entscheidungen des Osnabrücker OG. verhandelte Beklagter im Audienztermine vom 17. October 1853 die am 24. Juli 1853 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, wurde damit aber in dem am 24. October verkündigten Urtheile des Cassationssenats enthört, und zwar, was den angefochtenen Bescheid des OG. vom 20. November 1852 betraf, weil die Fristberechnung für Nichtigkeitsbeschwerden dagegen sich schon nach §. 434 der BPO. richte, indem die Ausnahmebestimmung des transitorischen Gesetzes vom 4. Mai 1852 §. 12. nur für Nichtigkeitsbeschwerden wider Verfügungen, die vor dem 1. October 1852 erlassen, gegeben sei, im vorliegenden Falle aber die im §. 434 cit. vorgeschriebene Frist versäumt worden und die erbetene Restitution nach der BPO. unstatthaft erscheine; und, was den angefochtenen spätern Bescheid des Osnabrücker OG. vom 22. Juni 1853 betraf, indem die in Bezug genommenen Nichtigkeitsgründe als unzutreffend dargestellt wurden.

8. Verhandlung vom 22. und 29. October 1853 in Sachen: Farbenfabrikant und Senator Brandes in Goslar, Beklagter wider den Mühlenbesitzer Dannenbaum auf der Steinmühle vor Goslar, Kläger, wegen Benutzung eines Grabens.

Es war die Nichtigkeitsbeschwerde gegen drei in der Berufungsinstanz vom kleinen Senate in Hildesheim erlassene Verfügungen, nämlich gegen ein Beweisinterlocut, gegen ein Urtheil,

welches einen Eid normirte und gegen eine purificatoria gerichtet. Hinsichtlich des letzten Erkenntnisses war die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsquerel beobachtet, hinsichtlich der beiden ersten war dagegen die zweimonatige Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde längst verstrichen, wenn man deren Anfang vom Augenblicke der Publication der Erkenntnisse berechnet. Der Querulat machte dieses Versäumniß im Wege einer verzögerlichen Einrede geltend, indem er hervorhob, daß die betreffenden Entscheidungen in Gegenwart eines auf die Empfangnahme der Bescheide, unter Entsagung auf deren persönliche Behändigung, von der Partei nach §. 141 der PO. speciell legitimirten Anwalts publicirt worden. Der Querulant räumte Letzteres ein, glaubte dagegen, daß die Fristen dennoch auch hinsichtlich der letztgedachten Entscheidungen noch offen seien, indem für Urtheile vorliegender Art nach §. 140 der bürgerlichen Proceß-Ordnung an sich eine Behändigung nothwendig sei, und ein Verzicht der Partei auf persönliche Behändigung nach §. 141 nur den Erfolg haben solle, daß bei jenen Urtheilen die Behändigung an den Bevollmächtigten erfolgen dürfe, aber auch erfolgen müsse, wenn sich der Lauf der hier in Frage kommenden, in dem §. 434 Nr. 3 festgesetzten Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsgründe danach richten solle. Der Cassationssenat nahm mit dem Querulanten zwar an, daß bei denjenigen Urtheilen, die nach §. 140 einer Behändigung bedürftig, der Verzicht auf persönliche Behändigung das Erforderniß einer Behändigung des Urtheils an den Bevollmächtigten nach sich ziehe, er hielt jedoch dafür, daß die fraglichen beiden ersten in der Berufungsinstanz abgegebenen Urtheile nicht zu denjenigen Urtheilen gehörten, hinsichtlich welcher der §. 140 ausnahmsweise eine Behändigung vorschreibe, da wider dieselben weder eine Berufung zulässig gewesen, noch darin eine endliche oder einstweilige Verurtheilung, noch eine Auflage zu einer persönlichen Leistung enthalten sei. Indem der Cassationssenat hiernach hinsichtlich dieser Urtheile die bloße Verkündigung für ausreichend hielt, um danach mit Rücksicht auf §. 434 Nr. 3 und §. 401 a. E., die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsquerel zu berechnen, so mußte derselbe auch hinsichtlich dieser Urtheile die fragliche Frist für versäumt halten; er verwarf demgemäß die,

wider diese Urtheile erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig, womit dann die aus der purificatoria gefolgerte Nichtigkeit jedes rechtliche Fundament verlor.

II.

Strafsachen.

1. Verhandlung vom 23. April 1853 in Untersuchungssachen wider den Ackermann Ignatz Reinhold aus Seeburg wegen Betrugs.

Der Ackermann Reinhold ward wegen Betrügereien mittelst falscher Urkunden beim Schwurgerichtshofe zu Göttingen angeklagt und am 2. December 1852 zu sechsjähriger Kettenstrafe verurtheilt. Sein Defensor legte für ihn die Nichtigkeitsbeschwerde ein und stützte dieselbe auf die im §. 215 Nr. 7 der StPO. enthaltenen drei Gründe, ließ jedoch die Behauptung, daß eine überall straflose Handlung bestraft sei, in der mündlichen Verhandlung am 23. April 1853 fallen, beharrte aber namentlich bei Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes, daß in Strafart und Strafmaß excedirt sei, weil der Betrag der Betrügereien durch den Wahrspruch der Geschworenen nicht festgestellt worden und keine ausgezeichnete Betrügerei zweiter Klasse vorliege.

Der Cassationssenat erkannte zunächst, wie dies auch in den spätern Fällen, des Widerspruchs der OStAnwaltschaft ohngeachtet, geschehen ist, den Vertheidiger im schwurgerichtlichen Verfahren auch ohne besondere, zu dem Behufe ausgestellte Vollmacht des Clienten berechtigt, die Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen und zu verfolgen. Auch wurde dem Querulanten und dessen Vertheidiger die Befugniß eingeräumt, die bei der Einlegung aufgestellten Nichtigkeitsgründe noch während der öffentlichen Verhandlung zu ermäßigen, nur nicht andre dafür zu substituiren. Von diesem Gesichtspuncte ausgehend, entschied dann der Cassationssenat in der gedachten Sitzung folgendermaßen:

Nach Ansicht des §. 215 der StPO. und des Art. 308 und 317 des CGB. und in Erwägung:

1) daß die erhobenen Beschwerden in demjenigen Umfange aufzufassen und dem Erkenntnisse zum Grunde zu legen sind, in welchem sie in der mündlichen Verhandlung beschränkt worden;

2) daß durch den Wahrspruch der Geschworenen in Betracht des ganzen Inhalts der von denselben bejahten Fragen genügend festgestellt ist, daß der Beschwerdeführer die absichtlich und rechtswidrig unternommenen Täuschungen eben zum Nachtheile der Vermögensrechte der einzelnen Darleiher begangen hat;

3) daß als Gegenstand der einzelnen vollendeten und resp. versuchten Betrügereien diejenigen Beträge anzusehen sind, deren Rückzahlung durch die verfälschten Documente abgewendet und resp. deren Auszahlung durch diese Mittel bewirkt werden sollten und resp. bewirkt sind, dann aber aus dem Wahrspruche der Geschworenen in Berücksichtigung des Inhalts der gestellten Fragen eine ausreichende Bestimmung über diese Beträge zu entnehmen steht;

4) daß endlich diejenigen Urkunden, welche von dem Angeklagten betrüglich verändert worden, unter die Kategorie der im Art. 317 des CGB. beispielsweise genannten und angedeuteten Documente fallen, hiernach somit sämmtliche Beschwerden als unbegründet erscheinen;

so wird die Nichtigkeitsbeschwerde — — unter Verurtheilung des Beschwerdeführers in die Kosten, damit verworfen.

2. Verhandlung vom 25. April 1853 in Untersuchungssachen wider den Schäferknecht Waldau von Nienstedt wegen Meineids.

Durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Hildesheim vom 18. März 1853 war Waldau wegen Meineids zu mehrjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt, nahm dagegen unter Bezugnahme auf StPO. §. 215 Nr. 7 die Nichtigkeitsbeschwerde zur Hand. Bei Verhandlung derselben in der Sitzung vom 25. April 1853 machte die OStAnwaltschaft auf den Mangel aufmerksam, daß der Querulant unter den verschiedenen Nichtigkeitsgründen des §. 215 Nr. 7 nicht einen einzelnen bestimmten geltend gemacht habe, ließ aber diesen Einwand fallen, weil sie die Rechtfertigung der Querel für durchaus

unbegründet erklären zu dürfen glaubte. Der Cassationssenat gab hierauf folgendes Urtheil ab:

Nach Ansicht des §. 215, 216 und 218 der StPO. und in Erwägung, daß die allgemeine Bezugnahme auf eine der, mehrere Nichtigkeitsgründe enthaltenden Nummern des §. 215 der StPO. der Vorschrift des §. 216 Abs. 1 und 218 im Eingange nicht entspricht, eine Verzichtleistung der OStAnwaltschaft auf den hier vorliegenden Mangel aber nicht berücksichtigt werden kann,

so wird die Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verurtheilung in die Kosten, verworfen.

3. Verhandlung vom 30. April 1853 in Untersuchungssachen wider den Arbeitsmann Christian Friedrich Tönnings aus Lüneburg wegen Nothzucht.

Wider das Urtheil des Celler Schwurgerichtshofes vom 26. Februar 1853, wodurch Tönnings wegen Nothzucht zu vierjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt war, hatte der Condemnat Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund der StPO. §. 215 Nr. 5, weil über seines Defensors Antrag auf Aussetzung der Verhandlung nicht entschieden sei, erhoben, wurde damit aber nach verhandelter Sache am 30. April 1853 enthört:

weil über den Antrag der Vertheidigung auf Aussetzung der (schwurgerichtlichen) Verhandlung eine Entscheidung allerdings erfolgt; nachdem die Sitzung vom 25. Februar bis zum folgenden Tage vertagt, dann aber der erwartete Zeuge erschienen, der Fall, für welchen eine fernere Verfügung in Aussicht gestellt worden, nicht eingetreten sei. —

4. Verhandlung vom 30. April 1853 in Untersuchungssachen wider den Fuhrmann Meyer und Compl., in specie den Fuhrmann Wilhelm Ludwig Herwig zu Goslar, wegen Nothzucht.

Der Fuhrmann Herwig von Goslar war beschuldigt, in der Nacht vom $^{11}/_{12}$. Juli 1852 an der gegen die unverehelichte Herwig verübten Nothzucht Theil genommen zu haben und vom Schwurgerichtshofe zu Hildesheim mittelst Erkenntnisses

vom 15. März 1852 dieserhalb zu siebenjähriger geschärfter Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Der Verurtheilte nahm dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde zur Hand und stützte dieselbe bei der Einlegung auf StPO. §. 215 Nr. 6; ergänzte die Nichtigkeitsgründe indeß noch in der Rechtfertigungsschrift durch Bezugnahme auf Nr. 7 und 9 a. a. O. — Nach der hierüber in nicht öffentlicher Sitzung vom 30. April 1853 gepflogenen Verhandlung gab der Cassationssenat folgendes zurückweisende Erkenntniß ab:

Nach Ansicht der geführten Untersuchungsacten und der Art. 270. 273. 88 und 89 Nr. 4 des CGB. so wie der §§. 215 Nr. 6, 7, 9. 216. 218. 39 und 49 der StPO. und in Erwägung, daß

1) die den Gegenstand der Nr. 7 und 9 des §. 215 der StPO. bildenden Nichtigkeitsgründe bei Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde überall nicht geltend gemacht worden sind, die erst in der Rechtfertigung derselben erfolgte Bezugnahme auf jene Nummern daher nach der Bestimmung des §. 218 daselbst nicht berücksichtigt werden darf; daß

2) in Beziehung auf die, schon bei der Einlegung ausdrücklich geltend gemachten, lediglich in Nr. 6 des §. 215 basirenden Nichtigkeitsgründe und zwar

a) zunächst den betreffend, daß es rücksichtlich des Querulanten an der durch den Art. 273 des CGB. vorgeschriebenen Anzeige der Betheiligten während der, durch den Art. 89 Nr. 4 daselbst vorgeschriebenen Frist ermangle, eine verspätete Anzeige zwar einer gar nicht erfolgten gleich zu achten ist, die Nr. 6 des §. 215 der StPO. daher im Falle der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung Anwendung finden würde, diese Anzeige selbst in Betreff der nach dem angefochtenen Erkenntnisse dem Querulanten zur Last gelegten Beihülfe höhern Grades zu dem von seinem Mitangeklagten Meyer in der Nacht vom $^{11}/_{12}$. Juli 1852 begangenen Verbrechen der Nothzucht bereits am 28. ejusd. mit der größten Bestimmtheit erfolgt ist, und soviel das, dem Querulanten nach jenem Erkenntnisse zur Last gelegte, von ihm selbst als Urheber in derselben Nacht verübte Verbrechen der Nothzucht anlangt, eine desfallsige Anzeige von der Betheiligten

am 28. Juli zwar nicht, aber am 12. August 1852, mithin während des Laufs der Verjährungszeit, gemacht ist, auch nach dem Inhalt des hierüber und des über die Confrontation zwischen dem Querulanten und der unverehelichten H. Herwig am 16. August aufgenommenen Protocolls angenommen werden muß, daß die Letztere diese Anzeige nicht bloß beiläufig, erzählungsweise, etwa zur bessern Erläuterung des, von ihr bereits am 28. Juli angezeigten Verbrechens der Nothzucht, sondern zu dem Zwecke gemacht habe, um auch insoweit eine Untersuchung zu veranlassen, in welcher Hinsicht es eines Antrags mit ausdrücklich darauf oder auf Bestrafung gerichteten Worten überall nicht bedarf, mithin die deßfalls von der Herwig nachgeforderte, von derselben erst am 18. October 1852 abgegebene Erklärung als überflüssig sich darstellt und

b) die Behauptung angehend, daß die Herwig dem Querulanten nach Maßgabe des Marginale des Protocolls vom 28. Juli 1852 sein Verbrechen condonirt habe, abgesehen davon, daß dies Marginale eine solche Condonation nicht, vielmehr nur ergiebt, daß jene dem Querulanten unter der Bedingung, daß er seine Mitthäter nenne, gesagt haben will, daß sie ihn nicht verrathen wolle, eine solche Condonation, wenn dieselbe nur einzelnen Theilnehmern an den übrigens genügend zur Anzeige gebrachten Verbrechen ertheilt wird, stets unberücksichtigt bleiben muß, wenn sie aber allen oder einem allein vorhandenen Verbrecher gewährt ist, nach dem insoweit zu Gunsten der Angeklagten zur Anwendung zu bringenden §. 39 der StPO. nur dann von Wirkung sein kann, wenn in Veranlassung dieser Condonation die einmal gemachte Anzeige vor Beginn der öffentlichen Verhandlung zurückgenommen wird, ein Fall, der indeß hier nicht vorliegt;

wird, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten dieser Instanz, die gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Hildesheim vom 18. März 1853 — wodurch derselbe zur Strafe des Zuchthauses ersten Grades auf die Dauer von 7 Jahren — — — — verurtheilt worden — zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde lediglich verworfen. —

5. Verhandlung vom 7. Mai 1853 in Untersuchungssachen wider die unverehelichte Wilhelmine Grethe aus Bovenden wegen Diebstahls.

Gegen die ꝛc. Grethe wurde das in erster Instanz von der Strafcammer des OG. zu Göttingen wegen Diebstahls abgegebene, auf vierwöchentliche Gefängnißstrafe lautende Straferkenntniß von der dortigen Berufungscammer am 21. Dcbr. 1852 bestätigt, nachdem die letztere den selbigen Tags in der öffentlichen Verhandlung gestellten Antrag, wegen Abwesenheit des Vertheidigers das Verfahren auszusetzen, verworfen hatte. Als dieserhalb, gestützt auf StPO. §. 215 Nr. 4, die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationssenat gebracht wurde, verwarf dieser am 7. Mai 1852 die Beschwerde aus dem Grunde:

weil es in dem vorliegenden leichten Straffalle nach §. 167 der StPO. dem Ermessen der Berufungscammer überlassen gewesen, die Verhandlung der Sache ohne einen Vertheidiger fortzusetzen, und daher in der Zurückweisung des Antrags auf Aussetzung des Verfahrens eine wesentliche Beschränkung des Rechts auf Vertheidigung im Sinne der Bestimmung der StPO. §. 215 Nr. 4 nicht enthalten sei. —

6. Verhandlung vom 14. Mai 1853 in Untersuchungssachen wider Mathilde Jörn aus Allershausen wegen Amtsehrenbeleidigung.

Eine von der Mathilde Jörn aus Allershausen wider ein Straferkenntniß des Göttinger OG., Berufungscammer, vom 10. Januar 1853 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verwarf der Cassationssenat in der zur Verhandlung der Sache am 14. Mai 1853 abgehaltenen Sitzung, wegen Nichtbeobachtung der Fristen und zwar

in Erwägung, daß die zuerst eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde — — wieder zurückgenommen ist;

daß die fernere Einlegung vom 18. Januar als verspätet sich herausstellt;

daß, wenn man auch das Gesuch um Restitution als zeitig angebracht ansehn könnte, doch bei derselben gegen die Versäumung der dreitägigen Berufungsfrist der behauptete Irrthum überhaupt nicht in Betracht kommen kann, eine physische

Unmöglichkeit der Innehaltung derselben aber, wie sie §. 75 Satz 3 der StPO. voraussetzt, in der allgemeinen unbescheinigten Angabe von schlechtem Wetter, ungangbaren Wegen und sechsstündiger Entfernung offenbar nicht zu befinden ist.

7. Verhandlung vom 14. Mai 1853 in Untersuchungssachen wider den Kaufmann Peters zu Hildesheim wegen Betrugs.

In der wider den Peters wegen Betrugs bei dem Obergerichte Hildesheim anhängigen Untersuchungssache hatte die Rathscammer am 26. December 1852 beschlossen, daß die bereits vor dem 1. October 1852, dem Zeitpuncte der Wirksamkeit der neuen Strafproceßordnung, angeordnete, auf die Criminal-Instruction von 1736 sich stützende Cura der Güter des Beschuldigten fortdauern solle. Gegen diesen Beschluß erhob die Ehefrau des beschuldigten Peters, geb. Hochecker, Nichtigkeitsbeschwerde, erhielt aber nach verhandelter Sache am 14. Mai 1853 vom Cassationssenate zum Bescheide:

Nach Ansicht der Eingangsbestimmungen des §. 215 der StPO. und in der Erwägung, daß die eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde lediglich gegen einen Beschluß der Rathscammer des OG. zu Hildesheim, also nicht gegen ein in letzter Instanz ergangenes Urtheil eines erkennenden Strafgerichts gerichtet und nur gegen ein solches Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde des §. 215 der StPO. gestattet ist,

findet diese Nichtigkeitsbeschwerde überall nicht Statt und wird die Querulantin in die dadurch veranlaßten Kosten verurtheilt.

8. Verhandlung vom 11. Juni 1853 in Untersuchungssachen wider den Branntweinbrenner Gerhard Pooker zu Leer wegen Beleidigung.

Wider ein condemnatorisches, von der Berufungscammer des OG. zu Aurich am 9. April 1853 bestätigtes Erkenntniß, wodurch Pooker wegen Beleidigung zu vierwöchentlicher Gefängnißstrafe verurtheilt wurde, erhob dessen Defensor die Nichtigkeitsbeschwerde und stützte sie auf §. 215 Nr. 4, 5, 7 und 9 der StPO.

Der bei der mündlichen Verhandlung am 11. Juni 1853 von dem OStAnw. gegen die Legitimation des Defensors gemachte Einwand ward zwar verworfen, indeß auf die Beschwerde selbst selbigen Tags vom Cassationshofe erkannt:

In Erwägung die Entscheidung eines Gerichts, wodurch ein Antrag auf Nachinstruction abgelehnt worden, nicht eine wesentliche Beschränkung des Rechts auf Vertheidigung im Sinne der Nr. 4 des §. 215 der StPO. involvirt;

In Erwägung, da das Berufungsgericht ausweislich der Acten den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens zurückgewiesen hat, nach dem klaren Wortverstande der in Nr. 5 des §. 215 der StPO. angeführte Nichtigkeitsgrund überall nicht vorliegen kann;

In Erwägung die vom Querulanten behauptete Unzulässigkeit der Abhörung der Zeugen nicht unter einen der im §. 215 der StPO. als Nichtigkeiten aufgeführten einzelnen Fälle zu subsumiren ist;

In Erwägung die fraglichen Beleidigungen nach dem Inhalte der Acten allerdings Gegenstand der öffentlichen Anklage gewesen sind, es auch ganz unerheblich ist, daß dieselben Thatsachen nicht als das Verbrechen der Verläumdung aufgefaßt worden, mithin die Nr. 9 des §. 215 der StPO. sich als völlig unzutreffend herausstellt;

In Erwägung endlich es sich um eine Handlung handelt, welche das Gesetz mit Strafe bedroht und die Voraussetzungen der §§. 77 und 78 des Tit. 5 Th. II. des Preuß. allg. Landrechts überall nicht zutreffen;

wird die Nichtigkeitsbeschwerde wider das von der Berufungscammer des OG. zu Aurich abgegebene, auf vierwöchentliches Gefängniß lautende Straferkenntniß damit verworfen, Querulant auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt.

9. Verhandlung vom 13. Juni 1853 in Untersuchungssachen wider König und Sohn aus Nienhagen wegen Diebstahls.

Der Rademacher Wilhelm König und sein Sohn Heinrich König aus Nienhagen waren vom Obergerichte zu Göttingen in zwei Instanzen wegen Diebstahls schuldig erkannt und zu Strafe verurtheilt; für sie erhob nun gegen das

von der Berufungscammer des Göttinger OG. am 24. Januar 1853 abgegebene bestätigende Straferkenntniß ihr Defensor die Nichtigkeitsbeschwerde und verfolgte sie an den Cassationshof, vor welchem in dem zur Verhandlung der Sache anberaumten Termine vom 13. Juni 1853, die OStAnwaltschaft die Legitimation des Defensors als solchen zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde bestritt, die letztere aber auch als materiell unbegründet zu verwerfen beantragte.

Das Gericht verwarf zwar den von der OStAnwaltschaft gegen die Legitimation des Defensors erhobenen Einwand; erkannte übrigens:

In Erwägung der Nichtigkeitsgrund in der Einlegungsschrift nicht mit derjenigen Bestimmtheit, wie solches der §. 216 der StPO. vorschreibt, angegeben worden; hiervon auch abgesehen, bereits das erste Erkenntniß (der Göttinger Strafcammer) an sämmtlichen unter die Nr. 7 des §. 215 der StPO. fallenden Nichtigkeiten, falls solche wirklich vorhanden sein sollten, gelitten haben, und deßhalb die Nichtigkeitsbeschwerde nach Vorschrift des §. 215 a. E. überall nicht mehr Statt finden würde, wird die anher gebrachte Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verurtheilung der Beschwerdeführer in die Kosten, zurückgewiesen.

10. Verhandlung vom 18. Juni 1853 in Untersuchungssachen wider den Colon Meyer zu Starten wegen Mißbrauchs zur Unzucht.

Der Colon August Meyer in Starten war beschuldigt, während derselbe Vormund der minderjährigen Mathilde Dahmann war, mit dieser den Beischlaf vollzogen zu haben, wurde auch von der Strafcammer des Obergerichts zu Osnabrück des im Art. 277 des CGB. enthaltenen Verbrechens schuldig erkannt. Auf Berufung des Beschuldigten sprach indeß die Berufungscammer des Osnabrücker Obergerichts denselben am 30. April 1853 aus dem Grunde von Strafe frei, weil nicht angenommen werden könne, daß er seine Mündel zur Unzucht verführt, noch weniger daß er zu solchem Zwecke seine vormundschaftliche Stellung und Autorität mißbraucht habe.

Gegen das freisprechende Erkenntniß erhob nun die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde, auf §. 215 Nr. 8 der

StPO. gestützt, erhielt auch nach verhandelter Sache, nachdem namentlich der Defensor des Meyer den Antrag auf Aufrechterhaltung jenes Erkenntnisses dadurch zu begründen versucht hatte, daß aus diesem die Thatsache des Beischlafs während der Vormundschaft überall nicht als constatirt hervorgehe, — folgende cassatorische Entscheidung des Gerichtshofs:

Nach Einsicht der §§. 215 Nr. 8 und 218 Abs. 3 und a. E. der StPO., so wie des Art. 277 des CGB. und in Erwägung

daß der Richter der vorigen Instanz in Uebereinstimmung mit der Strafkammer des K. Obergerichts zu Osnabrück die Thatsache, daß der Angeschuldigte während derselbe Vormund der minderjährigen Mathilde Dahmann war, mit dieser den Beischlaf vollzogen habe, als erwiesen angenommen hat, indem von demselben nicht diese Thatsache in Widerspruch mit dem ersten Erkenntnisse bestritten, sondern dadurch als richtig anerkannt worden ist, daß er den Angeschuldigten nur deshalb von peinlicher Strafe freigesprochen hat, weil nicht angenommen werden könne, daß der Angeschuldigte, nachdem er Vormund der Mathilde Dahmann geworden, dieselbe zur Unzucht verführt und noch weniger, daß er zu solchem Zwecke seine vormundschaftliche Stellung und sein Ansehn mißbraucht habe, nach Art. 277 des CGB. aber wenigstens das Erstere zum Thatbestande des betreffenden Verbrechens gehöre;

in Erwägung jedoch, daß zu den Erfordernissen des in dem Marginale des Art. 277 zwar „Verleitung zur Unzucht" benannten Verbrechens des Mißbrauchs zur Unzucht nach der gegebenen klaren Begriffs-Bestimmung weder der Mißbrauch des den daselbst genannten Personen gebührenden Ansehns und deren Stellung zum Zweck der Unzucht, noch die Verführung der gemißbrauchten Person gehört und am wenigstens angenommen werden kann, daß der Thatbestand des Verbrechens dann hinwegfalle, wenn die unzüchtige Verbindung bereits vor dem Eintritte eines der in dem Art. 277 erwähnten Verhältnisse vorhanden gewesen und während dieses nur fortgesetzt sei;

in Erwägung, daß solchemnach die Berufungskammer des K. OGerichts zu Osnabrück eine von ihr selbst als erwiesen angenommene That mit Unrecht für eine straflose erkannt hat,

das desfallsige Erkenntniß daher nach Vorschrift des §. 215 Nr. 8 der StPO. zu vernichten und da der Nichtigkeitsgrund in diesem Erkenntnisse selbst liegt, die nunmehr nothwendig werdende Entscheidung über die Sache selbst abzugeben ist;

in endlicher Erwägung, daß aus den in dem Erk. der Strafkammer vom 4. März 1853 angegebenen Gründen eine sechsmonatliche Arbeitshausstrafe als dem von dem Angeschuldigten begangenen Verbrechen angemessen sich darstellt, die Kosten der Untersuchung, der Berufungs- und der jetzigen Instanz aber sämmtlich von dem Angeschuldigten zu tragen sind,

wird, unter Vernichtung des Erk. des großen Senats des K. OG. zu Osnabrück vom 30. April d. J. der Angeschuldigte zu einer sechsmonatlichen Arbeitshausstrafe und in alle bisher durch die Untersuchung, die Berufung des Angeschuldigten und die jetzige Instanz entstandenen Kosten schuldig verurtheilt —*).

*) Neben Mittheilung dieses bereits in vorstehender Bearbeitung der Redaction vorliegenden Rechtsfalls hat der Herr Gerichts-Assessor Peterssen zu Osnabrück uns noch die Auslegung des Art. 277 des CGB. beziehende Bemerkungen zugehn lassen, denen wir Folgendes hier zu entlehnen uns erlauben:

Ein katholischer Pfarrer wurde auf Grund des Art. 277 cit. von der damaligen Justizcanzlei zu Osnabrück mittelst Erkenntnisses vom 11. November 1844 zu Arbeitshausstrafe verurtheilt, weil er (außer andern Delicten) mit seiner Haushälterin und seiner Dienstmagd, zugleich seinen Beichtkindern, Unzucht getrieben. — In der Appellationsinstanz entband ihn aber der Criminalsenat des OAG. am 19. Febr. 1845 von der Instanz,

weil der Thatbestand des im Art. 277 des CGB. aufgeführten Verbrechens der Verleitung zur Unzucht voraussetze, daß der Religionslehrer die ihm kraft seines Amts zustehende Autorität gemißbraucht habe, um sein Pfarrkind zur Unzucht zu verleiten, die Untersuchung aber keineswegs ergeben habe, daß eine solche Verleitung von Seiten des Beschuldigten in Beziehung auf seine Haushälterin und seine Dienstmägde stattgefunden ꝛc. —

Uebereinstimmend hiemit war die Entscheidung des OAG. vom 16. Mai 1845 in der von dem öffentlichen Anwalte veranlaßten Revisionsinstanz. Durch diese offen kund gegebene Meinungsverschiedenheit gewinnt die Frage, wie Art. 277 cit. zu verstehn sei, besondres Interesse; jedoch dürfte die neuere Auslegung des Cassationssenats den Vorzug verdienen.

11. Verhandlung vom 28. Juni 1853 in Polizeistraffachen wider den Pfandverleiher Moses Büchler zu Osterode wegen ordnungswidriger Schornstein-Anlage.

Die nachstehende auf Grund der StPO. §. 215 Nr. 7 abgegebene cassatorische Entscheidung vom 28. Juni 1853, die

---

Hält man sich zunächst einfach an den Wortlaut des Artikel 277, so erfordert dieser: daß Pflegeeltern ꝛc. ihre Pflegekinder ꝛc. zur Unzucht mißbrauchen und setzen diese Worte m. v. weiter nichts voraus, als die Thatsache der zwischen diesen Personen stattgehabten Unzucht zu einer Zeit, wo das Verhältniß qu. vorhanden war. In dem Worte „mißbrauchen“ liegt ein Weiteres nicht, namentlich nicht ein Verleiten, Verführen oder gar ein Verführen durch Mißbrauch der den Pflegeeltern ꝛc. zustehenden Autorität. Es ist das Wort „mißbrauchen“ in Beziehung auf den Thatbestand des fraglichen Verbrechens ganz gleich zu setzen mit „gebrauchen“; in dem Ausdrucke „mißbrauchen“ nur zugleich der Gebrauch zu einem schlechten, gesetzwidrigen Zwecke enthalten. Diese Interpretation des Art. qu. findet daneben ihre wesentliche Unterstützung darin, daß der Gesetzgeber im Artikel 274 des CGB. die bloße Thatsache der Vollziehung des Beischlafes der dort in Rede stehenden Personen mit einander als ein „Mißbrauchen zur Unzucht“ bezeichnet, indem es dort heißt: Eltern ꝛc. welche wissentlich mit ihren Kindern ꝛc. den Beischlaf vollziehen oder sie sonst zur Unzucht mißbrauchen ꝛc. Wird nun auch keineswegs zum Thatbestande des im Artikel 277 enthaltenen Verbrechens erfordert, daß die dort genannten Personen den Beischlaf mit einander vollzogen haben, fallen vielmehr auch sonstige unzüchtige Handlungen unter denselben, so ist es doch selbstverständlich, daß jenes vorzugsweise durch den Art. 277 getroffen werden würde. Eine weitere Unterstützung dieser Ansicht liegt sodann in der Berücksichtigung der Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmt haben werden, die Unzucht zwischen den im Art. 277 genannten Personen als Verbrechen zu strafen. Unsere Strafgesetze bedrohen keineswegs jede Unzucht mit Strafe, geschweige mit Criminalstrafe; wohl aber heben sie einzelne Verhältnisse hervor, welche der an sich nicht verbrecherischen Handlung den Stempel des Verbrechens aufdrücken. So im Artikel 274 das Verhältniß der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft in den nächsten Graden, so im Artikel 277 das zwischen den betreffenden Personen bestehende Verhältniß. Die Verletzung der durch dieses für die Pflegeeltern ꝛc. entstehenden Pflichten, welche durch die Thatsache des unzüchtigen Lebens an und für sich eintritt, so wie der gerade hier im Interesse der Sittlichkeit gebotene besondere Schutz sind es, welche die Unsittlichkeit als Verbrechen erscheinen lassen. Mit der durch die Unzucht an sich eintretenden Verletzung der durch das be-

der wegen ordnungswidriger Schornstein-Anlage zu einer Polizeistrafe verurtheilte Querulant in Uebereinstimmung mit den An-

sondere Verhältniß entstehenden Pflichten, kann im einzelnen Falle noch eine fernere Rechtsverletzung concurriren, allein neben jener erscheint ein besonderer Mißbrauch der aus dem Verhältnisse qu. entspringenden Gewalt nicht erforderlich, die Unsittlichkeit zur verbrecherischen Handlung zu machen.

Auf das vielleicht einen engern Sinn habende Marginale des Art. 277 (Verleitung zur Unzucht) ist nach der Anordnung unseres CGB. überall kein besonderes Gewicht zu legen (vgl. z. B. Art. 314); hier kommt aber noch insbesondere in Betracht, daß der ursprüngliche Inhalt desselben durch die ständischen Commissionen eine sehr wesentliche Modification erlitten hat, daß das gegenwärtige Gesetz von dem Entwurfe sehr erheblich abweicht, indem die in dem letzteren enthaltene weitere Vorschrift, daß ein Dienstbote, welcher eine minderjährige, dem Hausvater oder der Hausfrau anverwandte ꝛc. Person zum Beischlafe oder Unzucht **verführt** ꝛc., zu Gefängniß verurtheilt werden solle, gestrichen worden ist. Nichts desto weniger ist das Marginale des Entwurfs „Verleitung zur Unzucht" unverändert in dem Gesetze selbst beibehalten.

Endlich giebt uns dieser durch die Commissionen entfernte zweite Absatz des Artikels ein wichtiges Moment für die Interpretation des Artikels in dem oben vertheidigten Sinne. Während in dem ersten Absatze des Artikels im Entwurfe, wie im jetzigen Gesetze der Ausdruck „zur Unzucht **mißbraucht**" sich findet, heißt es in dem zweiten a linea „zur Unzucht **verführt**". In dem zweiten Falle hat also der Gesetzgeber, offenbar wegen des bedeutend weniger wichtigen Verhältnisses zwischen den fraglichen Personen, eine größere Thätigkeit vorausgesetzt, dieses aber auch in dem gewählten Worte bestimmt ausgedrückt. Es würde unzweifelhaft auch in dem ersten Absatze „verführen, verleiten" gesetzt worden sein, mindestens haben gesagt werden müssen, wäre, wie im zweiten a. l. die Absicht dahin gegangen, auch die Strafbarkeit der in jenem aufgeführten Handlungen von einer solchen Thätigkeit der in Rede stehenden Personen abhängig zu machen.

Diese Auffassung des Art. 277. dürfte allerdings auch nach unserer Ansicht wohl die entsprechendere sein. Legt man nicht dem Worte: **Verführen, Verleiten** zur Unzucht, den Nebensinn bei, daß dies durch besondere Machinationen bewirkt sei, so wird es übrigens auch dem Mißbrauche zur Unzucht in der Regel gleich stehn, da man doch das abhängige, weibliche Wesen als das Opfer der Nachstellung des Vormunds, Lehrers ꝛc. als den verleiteten Theil voraussetzen darf. An-

trägen der OStAnwaltschaft nach Verhandlung der Sache erwirkt hat, wird vorgängige factische Bemerkungen zum Verständnisse unnöthig machen. Sie lautet:

In Erwägung nach §. 7 des Polizeistrafgesetzes alle ältern

---

ders gestaltet sich indeß die Differenz, wenn man erfordert, daß die Verleitung zur Unzucht durch den Mißbrauch der Autorität des Vormunds, Lehrers ꝛc. bewirkt sei, wie dies das Würtembergsche Strafgesetz Art. 298 thut. Den Mißbrauch dieser Autorität zu gedachtem Zwecke zu ermitteln, wird in den wenigsten Fällen gelingen; in den meisten ist zu vermuthen, daß nur rücksichtlich der Gelegenheit zum Zwecke zu gelangen jene Personen im Vortheile sind; so werden Pflegeeltern oder Vormünder nicht nöthig haben, ihre Stellung geltend zu machen, um Pflegekinder zur Unzucht zu bewegen, Lehrer brauchen nicht mit Bedrückung im Unterrichte zu drohen, oder Erleichterung in Aussicht zu stellen, um ihren unzüchtigen Zweck zu erreichen, Pfarrer zu jenem Zwecke nicht gerade bei der Beichte gegen ihre Pfarrkinder ihre ihnen verliehene amtliche Gewalt zu mißbrauchen — schon die Unzucht, die von ihnen ausgeht, wird für besonders strafbar gehalten werden müssen, weil sie mit den von ihnen übernommenen Pflichten zu sehr im Widerspruche steht. Dieser Verstoß ist denn auch an sich schon objectiv gefährlich genug für die Sittlichkeit, als daß es noch eines positiven Mißbrauchs der jenen Personen zu Gebote stehenden Mittel bedürfte. —

Dagegen, daß unser Gesetz auf Verhältnisse angewandt werde, die nicht etwa in gefährlicher Weise die Unzucht erleichtern, schützt insofern übrigens die Fassung, als z. B. Lehrer nur wegen Unzucht mit ihren Zöglingen zur peinlichen Verantwortung gezogen werden, wohin unabhängige, erwachsene Schüler nicht gerechnet werden können. Ob nicht das Gesetz zu weit geht, wenn es die Unzucht der Religionslehrer, also überhaupt der Pfarrer mit ihren Pfarrkindern ganz allgemein zum Verbrechen stempelt, möchte indeß der Erwägung wohl werth sein; und gerade dies Bedenken scheint mir zu obiger einschränkenden Interpretation Anlaß gegeben zu haben. (Vgl. Leonhardt Commentar zum CGB. Bd. II. S. 301.) Allein dies Bedenken trifft die übrigen im Art. 277 angegebenen Verhältnisse nicht in gleichem Maaße, und mag dem Gesetzgeber entgangen sein, wenn er abweichend von dem Baierschen Art. 267 und andern neuern Gesetzbüchern (z. B. K. sächs. Art. 304,) die Strafbestimmung auf Pfarrer als Religionslehrer ausdehnt, und nicht mindestens rücksichtlich des Alters der Gemeindeglieder eine beschränkende Bestimmung hinzufügt, wie dies das neue Preuß. StGB. Art. 142 thut. (Red.)

Strafbestimmungen für Handlungen, für welche dieses Gesetz Strafe droht, hinwegfallen;

In Erwägung gedachtes Gesetz in den §§. 137 flg. für feuergefährliche Handlungen, insbesondere im §. 138 für die Feuergefährlichkeit einer Feuerungs-Anlage, namentlich eines Schornsteins Strafe androht;

In Erwägung hiedurch der §. 28 der Bek. des K. Min. des Innern vom 22. Febr. 1843, sofern derselbe eine Strafbestimmung für die Uebertretung der in dieser bekannt gegebenen feuerpolizeilichen Vorschriften, die Anlage enger Schornstein-Röhren betreffend, enthält, aufgehoben und der §. 138 des Polizei-StG. an dessen Stelle getreten ist;

In Erwägung endlich nach diesem §. der von der Staatsanwaltschaft dem Straf-Antrage und von der Strafkammer des Obergerichts zu Osterode dem Straferkenntnisse allein zum Grunde gelegte Besitz eines auf Holz gesattelten engen Schornsteins nicht mit Strafe bedroht ist;

wird der Nichtigkeitsbeschwerde (des Büchler) Statt gegeben, das auf 2 Thlr. Geldstrafe und Tragung der Kosten erster und zweiter Instanz lautende Urtheil der Strafkammer des K. Obergerichts zu Osterode vom 16. März 1853 vernichtet und Querulant von aller Strafe und Kostenerstattung freigesprochen. —

Es muß hier übrigens noch bemerkt werden, daß bei Prüfung der Formalien und Fatalien dieser von Büchler erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde, der Cassationshof den Grundsatz adoptirt hat,

daß die Vorschrift des §. 216 der StPO., wonach der Lauf der Fristen für die Beschwerde vom Augenblick der Verkündigung des beschwerenden Urtheils beginnt, nicht zur Anwendung kommt, wenn die Stunde der Verkündigung des Erkenntnisses, so wie der Einlegung oder Ausführung der Beschwerde aus den Acten nicht constirt.

12. Verhandlung vom 28. Juni 1853 in Untersuchungssachen wider den Kaufmann Ehrhardt zu Goslar wegen Beleidigung.

Der Kaufmann Witte war wegen Beleidigung des Quartiermeister Witte von der Strafcammer des OG. zu Goslar

am 18. Mai 1853 zu 10 Thlr. Strafe und Kostenerstattung verurtheilt, erhob aber gegen dieses Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde, einmal weil bei Fassung desselben gegen die Bestimmung des §. 41 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 8. Nov. 1850 verstoßen sei:

(„Ein oder mehrere Richter sind bei jedem Obergerichte mit der Führung der Criminaluntersuchung zu beauftragen. Dieselben sind zwar einem Senate mit beizuordnen, dürfen jedoch in den von ihnen untersuchten Criminalsachen kein Stimmrecht ausüben.")

indem einer derjenigen Richter des betreffenden Obergerichts, welcher bei dem angefochtenen Straf-Erkenntnisse mit Theil genommen, vor dem 1. October 1852 die Untersuchung theilweise geleitet habe;

sodann, weil der Nichtigkeitsgrund der Nr. 7 des §. 215 der Strafproceßordnung Platz greife, indem Querulant, ausweislich der Acten, lediglich eine von dem Witte ihm gegenüber ausgestoßene Beleidigung in zulässiger Weise retorquirt habe, und folglich eine durch das Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung nicht vorliege.

Nach verhandelter Sache gab aber der Cassationssenat am 28. Juni 1853 dahin seine Entscheidung ab:

In Erwägung: 1) die Verletzung der Vorschriften des §. 41 des Gesetzes vom 8. Nov. 1850 über die Gerichtsverfassung nicht mit Nichtigkeit bedroht, eine analoge Anwendung der zufolge §. 215 der StPO. auf speciell benannte Fälle beschränkten Nichtigkeiten, auf andere Fälle aber gänzlich ausgeschlossen ist;

in Erwägung: 2) die ferneren vom Querulanten gegenwärtig aufgestellten Behauptungen durch das angefochtene Straferkenntniß nicht festgestellt und daher nicht zu berücksichtigen sind; hiernach also eine Nichtigkeit im Sinne so wenig der Nr. 1. als 7. des §. 215 der StPO. anzutreffen ist;

so wird die wider das von der Strafkammer des K. OG. zu Goslar abgegebene, auf eine Geldstrafe von 10 ₰ sammt den Kosten gerichtete Erkenntniß zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten damit verworfen.

13. Verhandlung vom 6. Juli 1853 in Untersuchungssachen gegen Heimers und Deppe wegen Diebstahls.

(Wieweit ist das Nichtvorhandensein von Ausnahme-Bestimmungen des Strafgesetzes in den den Geschworenen gestellten Fragen über den Thatbestand des Verbrechens zu berücksichtigen, um die Erkennung der regelmäßigen Strafe zu rechtfertigen?)

In der schwurgerichtlichen Verhandlung gegen den Dienstknecht Heimers aus Hänigsen und den Zimmerlehrling Deppe aus Otze wegen Diebstahls, welche am 26. Mai 1853 zu Celle stattfand, war den Geschwornen in Uebereinstimmung mit dem Verweisungsurtheile der Anklagekammer des OAG. die Frage vorgelegt,

ob die Angeklagten dem Bohlmann aus dessen Hause mittelst Einsteigens in dasselbe — — entwandt haben? — Die Geschwornen hatten diese Frage bejaht und das Gericht auf Zuchthausstrafe erkannt.

Für die Condemnaten machte nun der Defensor als Nichtigkeitsgrund der StPO. §. 215 Nr. 1 geltend, daß Zuchthausstrafe nach Art. 293 des Crim.-Ges.-Buchs nur habe erkannt werden dürfen, wenn in ein bewohntes Gebäude, behuf des Diebstahls, eingestiegen sei, indem sonst die Ausnahmebestimmung des Art. 295, wonach Arbeitshaus das verwirkte Strafübel sei, zutreffe; daß aber in ein bewohntes Gebäude eingestiegen sei, ergebe der Wahrspruch der Geschwornen nicht. — Demgemäß beantragte Defensor beim Cassationshofe:

die angefochtenen Urtheile zu vernichten, und sodann entweder sofort die anderweite Entscheidung dahin abzugeben, daß nach Art. 295 des Crim.-Ges.-Buchs Heimers und Deppe zu 6- resp. 4monatlicher Arbeitshausstrafe zu verurtheilen seien, oder die Sache an die Berufungs-Cammer zu verweisen.

Der Cassationshof verwarf mittelst Urtheils vom 6. Juli 1853 unter solidarischer Verurtheilung der Querulanten in die durch die Querel veranlaßten Kosten, mit Ausnahme der von jedem selbst zu tragenden Urtheilsgebühr, die zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde:

„In Erwägung, daß durch den Wahrspruch der Geschwornen in der Sitzung des Celler Schwurgerichtshofes vom 26.

Mai 1853 festgestellt worden, daß beide Angeklagte schuldig sind, in complottmäßiger Verbindung mit einander in der Nacht vom 23/24. Januar 1853 dem Altentheiler Bohlmann zu Otze aus dessen Hause mittelst Einsteigens in dasselbe Würste — — entwandt zu haben."

„In fernerer Erwägung, daß hierdurch der Thatbestand desjenigen ausgezeichneten Diebstahls zweiter Classe, welcher nach Art. 293 Nr. 3 des Crim.-Ges.-Buchs mittelst Einsteigens in ein Gebäude verübt wird, hergestellt worden und somit die im Art. 293 ebendaselbst als Regel angedrohte Strafe nothwendig Platz greifen mußte;"

„mithin keiner von den im §. 215 Nr. 1 der StPO. angeführten und geltend gemachten Nichtigkeitsgründen vorliegt."

14. Verhandlung vom 9. Juli 1853 in Steuercontraventionssachen wider den Branntweinbrenner C. Mester zu Heiligenstein wegen gesetzwidrigen Gebrauchs von Hefegefäßen.

Der Branntweinbrenner Mester zu Heiligenstein hatte bei seiner Branntweinfabrikation sich eines Hefegefäßes (Nr. 22.) bedient, das die Größe von 1/10 des dazu gehörenden Maischbottichs Nr. 24 überstieg, und war dafür nach §. 9 und 32 des Gesetzes vom 1. Mai 1833, Besteuerung des inländischen Branntweins betreffend, vom Amtsgericht Wittmund am 11. April 1853 zur verwirkten Strafe verurtheilt.

Auf die vom Denunciaten erhobene Berufung war das OG. zu Aurich von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß die geschehene Declaration des Hefegefäßes bei dem Steueramte Wittmund und der den declarirten Betrieb genehmigende, die Gesetzwidrigkeit nicht rügende Erlaß des fraglichen Steueramts die Strafbarkeit aufhebe, und hatte unter Verurtheilung der Steuerverwaltung in die Proceßkosten die gegen den Mester erhobene Denunciation mittelst Berufungsurtheils vom 4. Mai 1853 zurückgewiesen. Das gab der Steuerverwaltung zur Einlegung und Verfolgung der Nichtigkeitsbeschwerde Anlaß, die nach Verhandlung vor dem Cassationssenate am 9. Juli 1853 folgende cassatorische Entscheidung zur Folge hatte:

In Erwägung die im angefochtenen Urtheile, nach dessen

richtigem, insbesondere durch die voraufgegangenen Verhandlungen und das Urtheil des Amtsgerichts Wittmund vom 11. April 1853 unterstützten Verständnisse, als erwiesen angenommene Handlung des Querulaten:

daß er nämlich bei seiner im Anfange November 1852 stattgefundenen Branntweinfabrikation sich des Hefegefäßes Nr. 22 bedient habe und daß dessen Größe das gesetzlich vorgeschriebene Maß von $^1/_{10}$ des dazu gehörenden, abzutreibenden Maischbottichs Nr. 24 überstiegen habe — nach §. 9 und §. 32 des Gesetzes vom 1. Mai 1833 mit Strafe bedrohet ist;

in Erwägung diese Strafbarkeit keineswegs dadurch wegfällt, daß in der betreffenden Declaration das Hefegefäß mit seiner Nummer bezeichnet und die Declaration mit einem, den declarirten Betrieb genehmigenden Erlasse des Steueramts Wittmund dem Querulaten zurückgestellt worden, weil einestheils nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 9 des obgedachten Gesetzes jene Handlung nur unter Vorwissen und Genehmigung der obern Steuerbehörde überall erlaubt ist, anderntheils die im §. 26 vorgeschriebene Prüfung der Declaration und die in Folge derselben ausgesprochene Genehmigung des declarirten Betriebes nicht die Bedeutung hat, daß Seitens der Steuerverwaltung hinsichtlich aller in Folge des Inhalts der Declaration und dadurch ermöglichten Nachforschungen zu entdeckenden Gesetzwidrigkeiten bei dem declarirten Betriebe auf etwaige Strafanträge verzichtet werde;

in Erwägung ferner auch der Umstand, daß Querulat Hefe zum Verkauf fabricirt, die Strafbarkeit nicht ausschließt, weil das Hefegefäß nicht zu diesem Zwecke, sondern zur Bereitung solcher Hefe gebraucht ist, die zur Einmaischung des declarirten Bottichs gedient hat;

in Erwägung diesem Allen nach die als erwiesen angenommene That mit Unrecht für eine straflose vom großen Senate des K. OG. zu Aurich gehalten ist:*)

wird, unter Vernichtung des auf Zurückweisung der Denunciation und Verurtheilung der Steuerverwaltung in die Kosten lautenden Urtheils vom 4. Mai 185.., der Querulat zu

*) StPO. §. 215 Nr. 8.

einer Geldstrafe von 50 Thlr. so wie zur Erstattung der in allen drei Instanzen entstandenen Kosten verurtheilt, auch die Confiscation der zum unerlaubten Betriebe benutzten Geräthschaften erkannt.

15. Verhandlung vom 9. Juli 1853 in Sachen wider den Handarbeiter August Wilhelm Gropengiesser aus Lütgenhausen wegen Raubes.

Mittelst Verweisungsurtheils der Anklagekammer des K. OAG. vom 17. Mai 1853 war der Handarbeiter Gropengiesser vor den Göttinger Schwurgerichtshof verwiesen, um dort angeklagt zu werden:

daß er schuldig sei, — — — um eine Entwendung zu vollbringen, auf öffentlichem Wege dem — Apel Gewalt angethan und denselben, um ihm die Entdeckung seines Geldes abzupressen, durch Stechen mit einem Messer auf eine harte Weise mißhandelt zu haben.

In der schwurgerichtlichen Verhandlung vom 1. Juni 1853 hatte der Präsident den Geschwornen die Frage übrigens dem Verweisungsurtheile conform gestellt, indeß mit Rücksicht auf die Fassung des Art. 328 des CGB., wo die Abpressung der Entdeckung verborgener Habseligkeiten als Gegenstand des Raubes vierten Grades bezeichnet wird, das Wort verborgenen vor Geldes eingeschaltet. Die Geschwornen bejahten die Frage und der Gerichtshof erkannte nunmehr gegen Gropengiesser auf die Strafe der Enthauptung durch das Schwerdt.

Der Vertheidiger machte beim Cassationssenat als Nichtigkeitsgrund gegen das schwurgerichtliche Verfahren geltend, daß sich die den Geschwornen gestellte Frage nicht auf die im Verweisungsurtheile enthaltenen wesentlichen thatsächlichen Verhältnisse beschränkt habe; (StPO. § 188. §. 215 Nr. 1) erhielt aber nach öffentlicher Verhandlung der Sache vor dem Cassationssenate am 9. Juli 1853 den Bescheid:

In Erwägung dadurch, daß in die erste den Geschwornen vorgelegte Frage abweichend von dem Verweisungsurtheile auch das Wort verborgen mit aufgenommen, ein wesentliches thatsächliches Verhältniß nicht verändert ist, weil aus dem

Worte „Entdeckung“ von selbst das Verborgensein der Habseligkeiten folgt und nicht bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben worden, die selbsteigenen Worte des Verweisungsurtheils in die aufzustellenden Fragen aufzunehmen, mithin eine Verletzung der Vorschrift der Nr. 1 §. 215 der StPO. nicht vorliegt,

so wird die — — Nichtigkeitsbeschwerde — — verworfen.

16. Verhandlung am 16. Juli 1853 in Sachen gegen Schüßler Vater und Sohn von Alfeld wegen Brandstiftung*).

Die beiden Schüßler waren beim Schwurgerichtshofe zu Hildesheim der Brandstiftung angeklagt, schuldig erklärt und mittelst Erkenntnisses vom 16. Juni 1853 zur Strafe der Enthauptung mittelst des Schwerdtes verurtheilt. Sie erhoben dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde, ohne einen Nichtigkeitsgrund besonders zu benennen; und wurden daher nach Verhandlung der Sache vor dem Cassationshofe am 16. Juli 1853 mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen.

„In Erwägung, daß der ausdrücklichen Vorschrift des §. 216 der StPO. zuwider in der Einlegung der ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde der einzelne Nichtigkeitsgrund, auf welchen die Beschwerde gestützt werden solle, nicht bestimmt angegeben worden“.

17. Verhandlung vom 6. August 1853 in Untersuchungssachen wider den Dienstknecht Heinrich Meyer aus Döhren wegen Diebstahls und Unterschlagung.

Der wiederholt rückfällige Beschuldigte wurde von der Strafkammer des hannoverschen Obergerichts am 27. Mai 1853 zu fünfmonatlicher Arbeitshausstrafe verurtheilt, weil er als Tagelöhner bei Gelegenheit des Dreschens einen Sack mit Korn, über 1 ℔ werth, entwandt, außerdem ein Messer, 8 ggr werth, unterschlagen hatte. In der Appellations-Instanz wurde das Urtheil bestätigt, Condemnat erhob nun dawider die Nichtigkeitsbeschwerde, weil das gesetzliche Strafmaaß im Erkenntnisse

*) Vergl. oben S. 349. — Schüßler Vater ist zu lebenslänglicher Kettenstrafe begnadigt, Schüßler jun. noch flüchtig.

überschritten sei. Der Cassationssenat verwarf indeß diese Beschwerde,

weil durch die abgegebenen Erkenntnisse festgestellt worden, daß Querulat sich eines ausgezeichneten Diebstahls erster Classe zu dem Werthe von 1 ℛ 8 ggr und einer Unterschlagung ad 8 ggr schuldig gemacht, dann aber in Mitbetracht des wiederholten Rückfalls von einer Ueberschreitung des gesetzlichen Strafmaaßes auf den Grund des Art. 288 des CGB. nicht die Rede sein könne.

18. Verhandlung vom 26. Sept. 1853 in Untersuchungssachen wider die unverehlichte Dienstmagd Gooß aus Oberndorf wegen Kindesmords; jetzt culposer Tödtung.

Die nachfolgende Entscheidung über die Frage, ob wegen desselben Facti nach Freisprechung des Beschuldigten aus anderm Gesichtspuncte Anklage erhoben werden könne? — erscheint von besonderm Interesse.

Die Dienstmagd Gooß war in Gemäßheit des von der Anklagekammer des OAG. erlassenen Verweisungsurtheils vor dem Schwurgerichtshofe zu Stade des Kindesmords angeklagt, indeß freigesprochen, indem eventuell der Vorwurf culposer Tödtung nicht zum Gegenstand der Beurtheilung gemacht war. Diesen Vorwurf erhob die Staatsanwaltschaft nun nachträglich gegen die beschuldigte Gooß beim Stader Obergerichte, und als dies die abermalige Anklage zurückgewiesen, die Berufung an den Criminalsenat des OAG. Auch diese Berufung der Oberstaats-Anwaltschaft wurde vom Criminalsenate unterm 27. Juni 1853 verworfen, und hatte damit die Sache selbst ihre Erledigung gefunden. Jedoch hielt die OStAnwaltschaft das jenen Entscheidungen zum Grunde liegende Prinzip für so bedenklich, daß sie von der ihr durch §. 220 der StPO. eingeräumten Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes Gebrauch machte, auf welche sodann der vereinigte Cassationssenat (mit Ausschluß der Mitglieder des Criminalsenats) in der zu dem Behufe am 26. September 1853 anberaumten öffentlichen Sitzung die Entscheidung dahin abgab:

In Erwägung, daß 1) in unserer Strafproceßordnung es nicht an einer hier unmittelbar einschlägigen Norm fehlt, viel-

mehr eine solche in dem §. 215 sub Nr. 12 enthalten ist; Alles folglich auf deren richtige Auffassung ankommt; die zweifellos mit besonderer Sorgfalt gewählten Worte derselben,

„die Nichtigkeitsbeschwerde findet Statt:

12) wenn gegen dieselbe Person wegen derselben Handlung zwei Erkenntnisse abgegeben sind, —

das zuletzt abgegebene Erkenntniß ist durch die Nichtigkeitsbeschwerde zu beseitigen"

jedoch zunächst der Annahme entgegenstehen, unser Gesetzgeber habe es gestatten wollen, daß bei Hervorhebung einer anderen strafbaren Seite derselben, eines andern in ihr begangenen Verbrechens, eine neue Anklage wegen derselben Handlung erhoben werde; sodann aber, daß er in jener Bestimmung eine Verschiedenheit der Handlung schon an eine Verschiedenheit des mit ihr verfolgten Zweckes habe knüpfen, diese bereits in eine dolose und resp. culpose Vornahme derselben habe legen wollen, um so minder anzunehmen steht, weil, wie eine Zusammenhaltung des §. 188 al. 7 und 8 (conf. §. 152) mit §. 215 Nr. 9 ergiebt, jener Unterschied ihn nicht abgehalten hat, wenige Zeilen früher sogar eine Identität der That zu statuiren, der Begriff der letzteren aber von ihm nicht weniger juristisch aufgefaßt sein kann, als der Begriff einer Handlung sub Nr. 12;

2) die schon hierdurch begründete Auffassung der Nr. 12 des §. 215 in dem Sinne, daß das Vorhandensein von Dolus und resp. von Culpa die Identität der Handlung nicht ausschließe, für die Entscheidung der Frage, ob eine anderweite Anklage statthaft sei, eine bedeutende Unterstützung darin erhält, daß unser Gesetzgeber durch die, abweichend von den Bestimmungen des Code de procédure criminelle vom $^{17}/_{27}$. November 1808, in den §§. 44 und 188 seiner Strafproceßordnung gegebenen Bestimmungen, in Verbindung mit §. 110, 123, 140 und 170 ibid. in der That alles gethan hat, was, ohne in den Fehler der früheren französischen Gesetzgebung zu verfallen, seinerseits geschehen konnte, um die Ausbeutung einer Handlung nach allen strafrechtlichen Rücksichten in einem einzigen Verfahren zu erwirken und zu sichern, — dieses also nicht bloß die Statuirung jenes Satzes, statt der entgegengesetzten, für den mit oder ohne Grund Angeklagten gleich sehr

beſchwerlichen Norm, dem Geſetzgeber unbedenklich machen konnte, ſondern auch, zumal in dem Umſtande, daß er zu jenem Ende, unter Abweichung von der Baſis ſeines Geſetzes, dem Anklageprincipe, dem Präſidenten des Schwurgerichts geſtattet hat, ex officio ein in der Handlung, auf welche die Anklage ſich bezieht, anſcheinend begangenes, aber nicht unter das Verbrechen, welches die Anklage geltend machte, fallendes Verbrechen, namentlich auch Fahrläſſigkeit, wo rechtswidriger Vorſatz angeſchuldigt war, zum Gegenſtande eventueller Fragenſtellung, alſo auch eventueller Aburtheilung zu machen, — darauf hinweiſ't, daß ſeine Abſicht hierbei auf ein mehres gerichtet geweſen ſei, als nur auf thunliche Vermeidung eines von ihm eventuell gewollten zweiten Strafverfahrens;

3) dem Vorſtehenden gegenüber aber jeder mögliche Zweifel daran verſchwindet, daß der Ausdruck: „Verbrechen" im §. 42 nur, wie ſehr häufig, für verbrecheriſche Handlung gebraucht iſt, und darnach dieſer §. 42 nicht allein nicht zu einer, von Königl. Ober-Staats-Anwaltſchaft darin auch nicht einſt geſuchten Begründung ihrer Anſicht dienen kann, ſondern — gleich der Beſtimmung des §. 154 — durch einen wohlbegründeten Schluß a contrario, ein ferneres Moment gegen deren Richtigkeit darbietet;

4) endlich aber, wie Königl. Ober-Staats-Anwaltſchaft ſelbſt nicht verkennt, auf den Umſtand, daß der offenbar lediglich eine Einleitung zu §. 49 bildende, die Freiſprechung ebenfalls übergehende §. 48 eine Erſchöpfung der ſtrafrechtlichen Anklage durch ſtattgehabte Verfolgung derſelben unter den Erlöſchungsgründen nicht aufführt, ſchon an ſich kein Gewicht für die Anſicht der Ober-Staats-Anwaltſchaft gelegt werden kann,

ſonach nicht anzunehmen ſteht, daß der Criminalſenat dieſes Gerichtshofes (gleich der Rathskammer des Königl. Obergerichts zu Stade) darin, daß er in ſeiner Entſcheidung vom 27. Juni 1853 eine abermalige Anklage wider die unverehelichte Gooß wegen Tödtung ihres am 2. November 1852 geborenen Kindes um deswillen für unſtatthaft erkannt hat, weil dieſe neue Anklage, obwohl ſie auf culpoſe Verübung jener Tödtung laute, das frühere, durch eine Anklage auf Kindesmord veranlaßte Verfahren aber nur mit einer Freiſprechung

der Gooß von der ihr angeschuldigten dolosen Tödtung ihres gedachten Kindes geschlossen sei, dennoch ebendieselbe Handlung wie jene frühere Anklage beziele, — eine gesetzliche Vorschrift verletzt oder falsch angewendet habe,

wird die von der Königl. Ober-Staats-Anwaltschaft wider die obgedachte Entscheidung auf Grund des §. 220 der Strafproceßordnung verfolgte Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes als grundlos verworfen.

19. Verhandlung vom 3. October 1853 in Untersuchungssachen wider Anna Jansen aus Neudersum wegen Diebstahls.

Anna Jansen war von der Strafkammer des Gesammt-Obergerichts Meppen wegen Diebstahls am 29. December 1852 zu 4monatlicher Arbeitshausstrafe verurtheilt; das Urtheil war ihr am 15. Januar 1853 behändigt; sie hatte aber erst am 14. März Berufung eingelegt, neben der Bitte um Restitution gegen den Ablauf der Berufungsfrist, da sie bis zum 9. März durch ein absolutes physisches Hinderniß an der Nachsuchung der Restitution verhindert worden, sie aber bei Nichteinrechnung des auf den 13. März fallenden Sonntags innerhalb drei Tagen das Gesuch habe einreichen lassen. — (Die StPO. §. 75 Abs. 4 schreibt nämlich vor, daß das Gesuch um Wiedereinsetzung binnen drei Tagen, nachdem das absolute Hinderniß aufgehört — — angebracht werden müsse.)

Die Berufungskammer des OG. zu Meppen ertheilte hierauf auch Restitution; wogegen die K. Ober-Staats-Anwaltschaft zur Wahrung des Gesetzes beim Cassationssenate die Nichtigkeitsbeschwerde erhob, von der Ansicht ausgehend, daß Sonntage mit in die Frist einzurechnen seien und daß die Analogie der Fristberechnung der BPO. §. 146 für die StPO. unstatthaft sei. Am 3. Oct. 1853 fand über die Nichtigkeitsbeschwerde Verhandlung in öffentlicher Sitzung des Cassationssenats Statt, worin zunächst der Präsident erklärte, daß für die Zukunft in Sachen der vorliegenden Art, falls in der Beschwerdeschrift auf weitere mündliche Ausführung verzichtet werde, die Entscheidung ohne zuvorige mündliche Verhandlung erfolgen solle.

Die Entscheidung selbst fiel dahin aus:

In Erwägung, daß die StPO. nicht bestimmt, daß in dem Falle, wenn eine in Frage kommende Frist an einem Sonn- oder Festtage ablaufe, dieselbe erst mit dem darauf folgenden Werktage endigen solle;

in Erwägung, daß es in Ermangelung einer solchen ausdrücklichen Bestimmung um so weniger gestattet sein kann, die vorgeschriebenen Fristen in dem erwähnten Falle um einen oder zwei Tage zu verlängern, als nach Vergleichung des §. 75 der Strafproceßordnung mit dem §. 146 Abs. 2. der allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber im Strafverfahren eine solche Verlängerung nicht gewollt hat;

in Erwägung, daß solchergestalt die für die Anbringung des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist durch den in Bezug genommenen §. 75 der Strafproceßordnung gesetzte, in diesem Falle 4 Tage betragende Frist, am 13. März d. J. ablief, jenes Gesuch daher am 14. März nicht mehr stattnehmig war, mithin dadurch, daß demungeachtet die Beschuldigte damit zugelassen und gegen den Ablauf der Berufungsfrist in den vorigen Stand gesetzt, der §. 75 der Strafproceßordnung falsch angewandt worden ist;

wird das Urtheil der Berufungscammer des Gesammt-Obergerichts zu Meppen vom 14. April 1853, wodurch der Beschuldigten die erbetene Wiedereinsetzung wider den Ablauf der Frist zur Einlegung der von derselben wider das Erkenntniß vom 29. Dec. und 25. Juni d. J. zur Hand genommenen Berufung ertheilt ist, zur Wahrung des Gesetzes vernichtet.

20. Verhandlung vom 29. October 1853 in Untersuchungssachen wider den Lohndiener und Ausrufer Anton Corbach aus Lingen wegen Unterschlagung.

Die Strafkammer des OG. zu Meppen hatte den Angeschuldigten Corbach zu zweijähriger Arbeitshausstrafe verurtheilt, weil er sich einer Unterschlagung der ihm vom Fabrikarbeiter Grünewälder anvertrauten Gelder schuldig gemacht haben sollte. Gegen dies Urtheil erhob der Angeschuldigte indeß Berufung und ließ durch seinen erwählten Vertheidiger

vor der Berufungskammer des gedachten OG. den Antrag stellen, die Verhandlung der Sache auszusetzen und den (vom Vertheidiger als zukünftigen Schwager des Corbach bezeichneten) Grünewälder als Defensionalzeugen vorzuladen oder zu Protocoll vernehmen zu lassen, indem derselbe bestätigen werde, daß er dem Corbach die Disposition über die ihm anvertrauten Gelder zu gewissen Zwecken verstattet habe, wodurch das depositum zum irregulare geworden sei. — Die Staatsanwaltschaft trat diesem Antrag entgegen, weil einestheils der Zeuge Grünewälder nach Newyork ausgewandert sei, also eine Ladung an ihn ohne Erfolg bleiben, ein in Amerika aufgenommenes urkundliches Zeugniß desselben nicht genügen werde, aber auch durch die sonstigen Beweismomente der Thatbestand des Verbrechens der Unterschlagung bereits so feststehe, daß es auf jenes Zeugniß nicht weiter ankomme. Die Berufungskammer verwarf demgemäß den Antrag des Defensors und bestätigte nach Verhandlung der Sache am 24. September 1853 das Urtheil erster Instanz.

Gegen dies Berufungsurtheil legte Defensor nun Nichtigkeitsbeschwerde ein und stützte dieselbe darauf,

1) daß durch die Ablehnung des Antrags auf Zuziehung des Hauptdefensionalzeugnisses das Recht auf Vertheidigung wesentlich beschränkt (StPO. §. 215 Nr. 4);

2) und 3) daß die öffentliche Klage wegen Unterschlagung ohne den Antrag des in derselben Familie gemeinschaftlich mit Corbach lebenden zukünftigen Schwagers Grünewälder als Beschädigten erhoben, ohne dessen Zeugniß überall eine Unterschlagung als vorhanden angenommen sei (GGO. Art. 318. StPO. §. 39. 88. 140 und 215 Nr. 6 und 7.);

indem er die beiden letztern Nichtigkeitsgründe als von Nr. 1 abhängig bezeichnete. — Nach öffentlicher Verhandlung der Sache am 29. Oct. 1853 erkannte indeß der Cassationssenat:

Nach Ansicht des §. 215 Nr. 4. 6. 7 der StPO. und in Erwägung, 1) die erste Beschwerde anlangend, daß das dem Angeschuldigten gebührende Recht auf Vertheidigung durch die nicht geschehene, erst in der Berufungs-Instanz von seinem Vertheidiger begehrte Abhörung des Beschuldigten Grünewälder als gänzlich abgeschnitten oder als wesentlich beschränkt um

deswillen nicht anzusehen ist, weil das Gericht, welches das Schuldig über den Beschwerdeführer aussprach, bei Prüfung des Beweismaterials für diese Frage lediglich seiner innern Ueberzeugung zu folgen hatte und, um diese zu gewinnen, die befragliche nachträgliche Vernehmung nicht mehr für nöthig erachtete, weshalb denn auf diese Zurückweisung der Zeugen-Vernehmung ein Nichtigkeitsgrund nicht gestützt werden kann;

2) daß die zweite und dritte Nichtigkeitsbeschwerde durch die Verwerfung der ersten, gemäß den Erklärungen des Beschwerdeführers von selbst wegfallen*);

wird die — — — zur Hand genommene Nichtigkeitsbeschwerde lediglich verworfen.

---

*) Der zweite geltend gemachte Nichtigkeitsgrund hätte zwar wohl selbständig erwogen werden können, indeß fehlte diesem offenbar schon die Basis des Art. 318 des CGB., der auf **Verlobte** keine Anwendung findet.

IV.

Uebertragung gerichtlicher Verwaltungen auf ein anderes Amtsgericht.

(§. 22 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 8. November 1850.)

Vom Herrn Obergerichtsrathe Ayrer zu Verden.

Der erste Absatz des angezogenen Paragraphen schreibt vor, daß auf gehörig begründeten Antrag der Betheiligten einzelne Concurs-, Vormundschafts- oder Curatelsachen und sonstige gerichtliche Verwaltungen durch das zunächst vorgesetzte höhere Gericht nach Anhörung des Staatsanwalts einem andern Amtsgerichte übertragen werden können. Diese dem ersten Anblicke sehr einfach sich darstellende Vorschrift, die auch sonst durch das Gesetz bisher nirgends genauer bestimmt worden, giebt gleichwohl zu verschiedenen Zweifeln Anlaß, zu deren Darlegung und Lösung hier ein Versuch gemacht werden soll.

1. Wer ist befugt, eine Uebertragung der Verwaltung der in Rede stehenden Art auf ein anderes Gericht zu verlangen? Das Gesetz nennt hier „Betheiligte" ohne irgend eine weitere Beschränkung. Diese Befugniß wird daher in einem sehr weiten Umfange angenommen, und Jedem zugestanden werden müssen, welcher an der ordnungsmäßigen Führung der betreffenden Verwaltung ein eigenes, practisches Interesse hat. Im Concurse wird dahin gehören nicht nur der Curator, sondern auch jeder Gläubiger, der nach Lage der Sache erwarten kann, ganz oder theilweise aus der Masse

befriedigt zu werden, bei Vormundschaften und Curatelen nicht bloß die Vormünder und Curatoren, sondern auch die nächsten Angehörigen der Pupillen oder Curenden, namentlich auch und zwar dies besonders bei der Curatel für Abwesende oder Wahnsinnige deren Intestaterben; auch wird man hier jedem Einzelnen derselben für sich eine selbständige Befugniß solcher Art einräumen müssen.

2. Aus welchen Gründen kann die Uebertragung einer Verwaltung der in Rede stehenden Art auf ein anderes Gericht verlangt werden? Das Gesetz sagt bloß, daß dahin zielende Anträge gehörig begründet sein müssen, ohne über die Natur solcher Gründe sich näher auszulassen. Die thatsächlichen Veranlassungen zu Anträgen jener Art können sehr mannigfach sein, und im einzelnen hier keinen Gegenstand der Erörterung bilden. Es werden vielmehr nur die Hauptgattungen solcher Gründe anzudeuten sein. Da die Beaufsichtigung der hier in Rede stehenden Verwaltungen durch das Gericht, obwohl sie die Entscheidung gerichtlicher Streitigkeiten überall nicht bezielt, doch immer eine Art richterlicher Thätigkeit bleibt, so wird zunächst es keinem Zweifel unterliegen können, daß diejenigen Gründe, welche berechtigen, den zur Entscheidung eines Rechtsstreits zunächst berufenen Richter abzulehnen (BPO. §. 21), so weit sie thatsächlich hier vorkommen können, auch genügen müssen, um einen Antrag der fraglichen Art zu rechtfertigen. Hierbei dürfte aber nicht ausschließlich das Verhältniß des Richters zu den Pupillen ꝛc., sondern auch zu der Person des Vormundes oder Curators zu berücksichtigen sein, da die Obervormundschaft auch wesentlich dazu berufen ist, zum Schutze des Pupillen ꝛc. eine Controle über die Verwaltung des Vormundes ꝛc. zu führen. Bei dieser Gattung von Gründen wird man aber nicht stehen bleiben dürfen, da es nicht bloß im Berufe der vormundschaftlichen Verwaltung liegt, das verwaltete Vermögen gegen An- und Eingriffe zu sichern, sondern auch es thunlichst zu vergrößern. Es werden daher auch reine Zweckmäßigkeitsgründe in Betracht zu ziehen sein, und ein Antrag der fraglichen Art z. B. auch in dem Falle als gehörig begründet erscheinen können, in welchem die Pupillen ihren Wohnsitz an einen entfernteren Ort verlegen,

wo vielleicht der einen wesentlichen Theil ihres Vermögens ausmachende Grundbesitz belegen ist.

3. Welches Gericht ist zuständig, eine Verwaltung der fraglichen Art einem Amtsgerichte abzunehmen, und auf ein anderes zu übertragen? Das Gesetz schreibt vor, daß dies durch das zunächst vorgesetzte, höhere Gericht geschehen solle, und hat dabei ohne allen Zweifel zunächst das Unterordnungsverhältniß desjenigen Amtsgerichts vor Augen, welches die fragliche Verwaltung entweder bisher beaufsichtigt hat, oder gesetzlich zu solcher Beaufsichtigung zunächst berufen sein würde. Allein bei dieser Auffassung kann man nicht stehen bleiben; denn die Thätigkeit des vorgesetzten, höhern Gerichts soll sich nicht bloß darin äußern, daß es die Beaufsichtigung einer solchen Verwaltung einem Amtsgerichte abnimmt, sondern auch in einer Uebertragung jener Beaufsichtigung auf ein anderes Amtsgericht bestehen, und die rechtliche Möglichkeit einer Uebertragung setzt wiederum voraus, daß auch das Gericht, welchem Etwas übertragen werden soll, dem übertragenden untergeordnet sei. Das einem Amtsgerichte zunächst vorgesetzte Gericht an sich ist das betreffende OG., und daß einem solchen die fragliche Uebertragungsbefugniß zustehen solle, hat das Gesetz auch ohne Zweifel zunächst vor Augen gehabt. Die Frage, welches Gericht im einzelnen Falle jene Uebertragung auszusprechen habe, wird sich daher insoweit leicht beantworten, wenn beide Amtsgerichte, dasjenige, welchem eine Verwaltung abgenommen und dasjenige, welchem sie übertragen werden soll, dem territorialen Zuständigkeitskreise des nämlichen OG. angehören. Dies dürfte allerdings die Regel bilden, und namentlich in den Fällen der oben sub Nr. 2 erwähnten ersten Art zutreffen, wo es wesentlich nur darauf ankommt, daß ein bestimmtes Gericht die Aufsicht über die betreffende Verwaltung nicht führe, weniger aber darauf, welches andre Gericht an dessen Stelle trete. Es wird indeß zuweilen und namentlich gerade bei Veranlassungen der oben sub Nr. 2 gedachten zweiten Art wesentlich darauf ankommen, daß einem bestimmten Amtsgerichte die fragliche Aufsicht übertragen werde, dieses wird dann sehr leicht dem Kreise eines andern OG. angehören, und daher vom entscheidenden OG. wegen mangelnden Unter-

ordnungsverhältnisses die Uebertragung auf jenes Amtsgericht nicht ausgesprochen werden können. Dem hier nöthig werdenden Auftrage wird man auch ein Ersuchen jenes Amtsgerichts nicht substituiren dürfen; denn das vorgesetzte Gericht soll über den erhobenen Antrag der obigen Art *entscheiden*, eine richterliche Entscheidung aber wird in Bezug auf die Möglichkeit ihrer Ausführung von vornherein rechtlich niemals von der Willkür einer andern Behörde abhängig sein können, wie dies hier der Fall wäre, wo das ersuchte Amtsgericht die Uebernahme der Verwaltung ohne Weiteres ablehnen dürfte, da selbst in dem viel dringenderen und hier überall nicht vorliegenden Falle erbetener Rechtshülfe das ersuchte Gericht diese nach §. 29 der BPO. zu verweigern berechtigt ist, wenn wie hier das Gesuch einen durch freiwillige Erstreckung nicht zu hebenden Eingriff in die Zuständigkeit des ersuchten Gerichts enthält. Ein solches Ersuchen statt eines Auftrages würde ferner auch deshalb nicht eintreten können, weil vor Ertheilung des letztern der Staatsanwalt gehört werden soll; hier würde daher auch der Staatsanwalt des zweiten OG. in Betracht kommen, und schon wegen der ihm zustehenden Aufsicht über die seinem territorialen Bezirke angehörenden Verwaltungen der fraglichen Art gehört werden müssen, von dem ersten OG. aber, — ganz abgesehn auch davon, daß er hier, wo der Kreis seiner Geschäfte durch solche, welche eigentlich außerhalb desselben liegen, vergrößert werden soll, vielleicht noch weitergehende Befugnisse in Anspruch nehmen möchte, — nicht angehört werden kann. Statt dessen aber eine schriftliche Communication mit demselben durch Vermittlung des Staatsanwalts des ersten OG. etwa eintreten lassen zu wollen, würde nicht nur dem ganzen Geiste des neuen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten widersprechen, sondern auch den Worten des hier zunächst entscheidenden, angezogenen §. 22 einen durch keine Regeln der Auslegung zu rechtfertigenden, diesen vielmehr vollständig entgegenstehenden Zwang anthun heißen. Schon aus diesem letztern Grunde endlich würde man auch dem hier nöthigen Auftrage kein Ersuchen substituiren dürfen. Hält man also fest, daß in jedem Falle einer Uebertragung der hier in Rede stehenden Beaufsichtigung *zwei* Amtsgerichte nothwendig in Betracht kommen, und daß

das die Uebertragung ausſprechende vorgeſetzte Gericht eben ſo nothwendig beiden vorgeſetzt ſein muß, ſo wird man auch nothwendig dahin geführt, daß dies vorgeſetzte Gericht in dem Falle, wo die betreffenden beiden Amtsgerichte dem Zuſtändigkeitskreiſe zweier verſchiedener OG. angehören, kein anderes ſein könne, als das OAG., und dieſem Ergebniſſe dürfte auch der Wortlaut des fraglichen §. 22 keineswegs entgegenſtehn. Denn dieſer ſagt nicht, daß das zunächſt vorgeſetzte Obergericht eine Uebertragung der fraglichen Art ausſprechen ſolle, ſondern das zunächſt vorgeſetzte Gericht. Da es außerdem nur zwei Arten von Gerichten giebt, welche den Amtsgerichten vorgeſetzt ſind, die OG. und das OAG., wie nahe hätte es da gelegen, die erſtern ganz beſtimmt zu nennen, wenn die Abſicht des Geſetzes eine beſchränkende geweſen wäre? Mag auch die Unterordnung jedes einzelnen Amtsgerichts unter das OAG. in abstracto keine unmittelbare ſein, ſo iſt letzteres doch in dem vorausgeſetzten Falle das den beiden Amtsgerichten gemeinſchaftlich zunächſt vorgeſetzte Gericht, da zwiſchen jenem und dieſen zuſammen kein anderes Gericht ſich befindet. Man wird hiergegen auch nicht einwenden können, daß in dem Geſetze über die Gerichtsverfaſſung, namentlich in dem die Zuſtändigkeit des OAG. im Ganzen feſtſtellenden §. 49 jenem eine Wirkſamkeit der bezeichneten Art nicht beigelegt ſei; denn dieſer Grund würde auch gegen eine Zuſtändigkeit der OG. in dieſer Beziehung ſprechen, da auch rückſichtlich ihrer im §. 36 jenes Geſetzes einer ſolchen Wirkſamkeit nicht erwähnt iſt, eine Befugniß der hier in Rede ſtehenden Art namentlich aus der ihnen beigelegten Entſcheidung über Beſchwerden gegen das Verfahren der Amtsgerichte bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit an ſich auch überall nicht gefolgert werden können. Es liegt hier nur eine Unvollſtändigkeit in der Aufzählung der Gegenſtände der Zuſtändigkeit der einzelnen Gerichte vor, die auch ſonſt nicht ganz vermieden iſt (z. B. in Anſehung der Zuſtändigkeit zur Verhängung des Arreſtes im bürgerlichen Proceſſe cf. §. 19. 1. c des angezogenen Geſetzes und §. 510 der BPO.), die aber in keiner Weiſe geeignet ſein kann, die poſitiven Vorſchriften des fraglichen §. 22 und die daraus ſich ergebenden Folgen zu beſeitigen. Eben ſo wenig wird man,

um eine Wirksamkeit jener Art von Seiten des OAG. zu vermeiden, annehmen dürfen, eine solche Uebertragung könne überall nur eintreten, in sofern es sich um Amtsgerichte handle, welche dem Zuständigkeitskreise eines und desselben OG. angehören; denn für eine solche Beschränkung liegt in der Natur der Sache überall kein Grund, der oft gedachte §. 22 spricht sie nicht aus, zieht vielmehr für die Gründe, welche zu dem Verlangen einer solchen Uebertragung berechtigen sollen, überall keine bestimmte Gränze, und diese Gründe können nach dem Obigen thatsächlich allerdings Fälle herbeiführen, in welchen die Zuständigkeit des OAG. solcher Gestalt begründet sein würde. Unauflösliche Schwierigkeiten endlich dürften auch nicht in dem Umstande liegen, daß das höchste Gericht als Ganzes regelmäßig nicht thätig wird, daß seine regelmäßige Thätigkeit in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten sich vielmehr nur in seinen drei Civilsenaten äußert, und daß der Zuständigkeitskreis dieser ebenfalls ein territorialer ist, so daß Fälle vorkommen können, wo die verschiedenen beiden Amtsgerichte verschiedenen Kreisen jener Art angehören. Jene Eintheilung bezieht sich nämlich mehr auf die Geschäftsvertheilung, und ist mehr eine innere Angelegenheit des Gerichts; äußerlich erscheint das OAG. als ein Ganzes, seine Entscheidungen erfolgen als Entscheidungen des ganzen Gerichts, und verbinden alle untergeordnete Landesgerichte ohne Ausnahme. Hierdurch ist freilich die Frage nicht beantwortet, welcher Senat die erforderliche Verfügung im einzelnen Falle zu treffen habe, und auch das wird man zugeben müssen, daß die Fälle, für welche das Zusammentreten mehrer oder auch gewissermaßen aller Abtheilungen des höchsten Gerichts gesetzlich vorgeschrieben ist, so singulärer Natur sind, daß eine analoge Ausdehnung derselben auf andre nicht wohl sich würde rechtfertigen lassen. Als zuständig an sich dürften wohl beide betreffende Senate anzusehen sein, da wenigstens Eins der in Frage kommenden Amtsgerichte dem territorialen Kreise eines jeden unter jenen Senaten angehören würde; gewissermaßen im Wege der Prävention würde derjenige Senat zuständig werden, in dessen Kreise das zur Führung der fraglichen Aufsicht zunächst berufene Amtsgericht liegt, da in Beziehung auf dieses,

wie weiter unten zu zeigen ist, ein Antrag jener Art zunächst sich zu äußern haben wird*).

Aehnliche Bedenken treffen auch die Frage, welcher der beiden Senate des OG., wo dieses eine solche Uebertragung auszusprechen hat, hierfür zuständig sein soll. Der §. 22 sagt hierüber Nichts, und die §§. 37 und 38 a. a. O., welche die den OG. überhaupt zugewiesenen Geschäfte unter deren beide Senate vertheilen, sind in so weit wiederum unvollständig, als sie die fragliche Function ebenfalls unerwähnt lassen, was um so mehr zu bedauern, als dieselbe der mehr wie je auf das eigentliche Rechtsprechen beschränkten Bestimmung der obern Gerichte eigentlich fremd ist. Analogien werden hier also durchaus aushelfen müssen. Das Gesetz überträgt den beiden Senaten

*) Die Unzuträglichkeiten, die zu entstehen drohen, wenn das gemeinschaftliche OG. der bei der Uebertragung einer Verwaltung der fraglichen Art in Frage kommenden, in verschiedenen OG.-Sprengeln liegenden Amtsgerichte ausschließlich zu der Competenz-Uebertragung des §. 22 cit. berufen angenommen werden sollte, wie sie der Herr Verfasser des Obigen selbst nicht verkennt und in wenig zufriedenstellender Weise erledigt, indem er das OAG. als das zunächst vorgesetzte OG. bezeichnet, leiten gewiß darauf, eine Erledigung der Uebertragung im Wege der Requisition der Absicht des Gesetzgebers nicht zuwider zu erachten, wenn überall das Amtsgericht eines andern OG.-Bezirks in Anspruch genommen werden darf. Ist dies letztere der Fall und findet das unmittelbare Ersuchen des fraglichen Amtsgerichts Bedenken, so erscheint es uns ziemlich die Natur der Sache mit sich zu bringen, daß das entscheidende OG. das vorgesetzte Obergericht des betreffenden Amtsgerichts requirirt, dieses mit Uebernahme der Verwaltung zu beauftragen, und dem requirirten OG. die Anhörung des bei derselben fungirenden Staats-Anwalts überläßt. — Das OAG. würde schwerlich als zunächst vorgesetztes OG. des betreffenden Amtsgerichts gelten können; auch wird in Betracht der völligen Trennung der Civilsenate desselben nach Provinzen dessen Eintreten gegen Schwierigkeiten nicht schützen, da doch die Praevention unter den Senaten schwerlich ein Auskunftsmittel bieten dürfte. Hält der Herr Verfasser die Uebertragung der betreffenden Verwaltung auf ein außerhalb des Bezirks des entscheidenden OG. liegendes Amtsgericht für zulässig, so kann er die Belastung auch eines ausländischen Gerichts consequenter Weise kaum als möglich zurückweisen, da wird doch aber nur der Weg der Requisition offen stehen, der naturgemäß überall einzuschlagen ist, wo das imperium aufhört. (Red.)

verschiedenartige Gattungen von Geschäften, nur eine ist beiden gemeinsam, die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz, und rücksichtlich dieser wird ihre Zuständigkeit durch den Werth des Gegenstandes eines einzelnen Rechtsstreits bestimmt. Die Analogie dieser Einrichtung wird hier aber nicht zur Richtschnur dienen können, da sie selbst nur einem einzelnen Zweige der Geschäftsthätigkeit der OG. angehört, welcher seinem innern Wesen nach keine Aehnlichkeit mit der hier in Betracht kommenden Function hat, und zwar um so weniger, da dieselbe nicht einmal in der dauernden Leitung und Entscheidung einer bestimmten Angelegenheit sich äußert, sondern auf den einmaligen Act der Uebertragung einer Sache auf ein anderes Gericht zur selbstständigen Fortführung durch das letztere sich beschränkt. Eine solche Analogie würde selbst nicht einmal vollständig ausreichen, da es, wenn auch nicht wahrscheinlich, doch immer möglich ist, daß der Werth des Gegenstandes einer solchen Angelegenheit nicht einmal die für die Zuständigkeit des kleinen Senats in jener Beziehung maßgebende Höhe erreichte. Es wird daher nicht wohl etwas anderes übrig bleiben, als für die aufgeworfene Frage die Entscheidungsquelle in dem allgemeinen Verhältnisse der verschiedenen Gerichte, beziehungsweise der einzelnen Abtheilungen derselben, zu einander zu suchen, und dieses möchte auf die Zuständigkeit der kleinen Senate hier hinweisen. Die letztern sind nämlich in der allgemeinen Reihenfolge der Gerichte nicht nur die den Amts-Gerichten im Allgemeinen zunächst vorgesetzten Gerichte, sondern denselben wird auch in dem erwähnten §. 37 sub Nr. 3 die Entscheidung über Beschwerden gegen das Verfahren der Amts-Gerichte bei Ausübung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich zugewiesen. Sind Anträge der fraglichen Art nun auch, wie bereits oben bemerkt worden, zu den Beschwerden nicht wohl zu rechnen, so gehören sie doch der freiwilligen Gerichtsbarkeit an, und die angeführte gesetzliche Bestimmung ist im Uebrigen die einzige, welche in Beziehung auf letztere den OG. irgend eine Wirksamkeit überhaupt beilegt.

4. Welches Verfahren ist bei Uebertragung einer Verwaltung der in Rede stehenden Art auf

ein anderes Gericht zu beobachten? Der hier zunächst entscheidende §. 22 enthält hierüber weiter Nichts, als daß vor Abgabe der betreffenden Entscheidung der Staats-Anwalt zu hören sei. Indessen dürfte doch schon hieraus und überhaupt folgen, daß auch das hier zu beobachtende Verfahren dem für die Behandlung bürgerlicher Rechtsangelegenheiten in der BPO. vorgeschriebenen sich anschließen müsse, wenngleich von einem Rechtsstreite hier überall nicht die Rede sein kann. Jene Anträge bezwecken, an die Stelle des zur Leitung einer Angelegenheit durch das Gesetz zunächst berufenen Gerichts (eines einzelnen Richters) ein anderes zu setzen. Hierfür kennt die BPO. zwei Wege, die Prorogation und die Ablehnung. Jene muß für alle Fälle hier als ausgeschlossen erscheinen, da sie die hier immer fehlende Uebereinstimmung verschiedener wirklicher Parteien voraussetzt, da in Fällen der vorliegenden Art das Gesetz die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes von der bloßen Willkür der betheiligten Privat-Personen überall nicht abhängen läßt, diese vielmehr geradezu ausschließt, indem nach gesetzlicher Vorschrift ein Gericht eine solche Uebertragung aussprechen muß, und nur auf gehörig begründete Anträge aussprechen darf, da endlich eine Prorogation nur bei der Einleitung, niemals im Laufe eines Rechtsverfahrens eintreten kann, welche Beschränkung für die hier in Betracht kommenden Uebertragungen überall nicht besteht. Es bleibt daher nur die Analogie der Ablehnung übrig, und diese wird hier als um so treffender anzusehen sein, als die Gründe, welche zu Anträgen solcher Art die Veranlassung geben mögen, nach dem Obigen mit eigentlichen Ablehnungsgründen zusammenfallen können, wenn auch nicht nothwendig zusammenfallen müssen. Es werden daher im Allgemeinen hier die §§. 24 bis 26 der BPO. zur Anwendung zu bringen sein, jedoch mit der Abweichung, daß stets das vorgesetzte Gericht zu entscheiden hat, und dies bei der zu treffenden Wahl an den regelmäßigen Stellvertreter des von der Leitung der betreffenden Angelegenheit zurücktretenden Richters nicht gebunden ist, wie denn auch für eine strenge Berücksichtigung der dort speciell vorgeschriebenen Fristen und der ihrer Versäumung angedrohten Strafen hier kein innerer Grund spricht. Es wird daneben auch zweck-

mäßig und zulässig sein, bei der vorzunehmenden Berathung die Entscheidung zu vertagen, um durch den Staats-Anwalt inzwischen weitere Erhebungen eintreten zu lassen, wenn die den Anträgen vom Gerichte hinzugefügten Bemerkungen genügende Auskunft nicht enthalten sollten, wie es denn auch gewiß sich sehr empfehlen möchte, die Acten der Einsendung der fraglichen Anträge von Seiten des betreffenden Amts-Gerichts sofort beizufügen.

Endlich dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch das Ober-Hofmarschall-Amt (§. 12 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 8. November 1850) und das Universitäts-Gericht zu Göttingen (§. 3 Nr. 4, §. 7 der Verordnung vom 29. August 1852) den Amtsgerichten in der fraglichen Beziehung gleich zu stellen sein wird, da letzteres nach den Vorschriften der angezogenen Verordnung im Allgemeinen die Rolle eines Amtsgerichts einnimmt, wie denn auch eine solche Gleichstellung in dieser Beziehung mit den Amtsgerichten rücksichtlich der Kirchspiels-Gerichte des Landes Hadeln durch den §. 14 der Verordnung vom 1. September 1852 ausdrücklich ausgesprochen worden ist.

V.

Bemerkungen zum Geſetze vom 4. Mai 1852, die Uebergangsbeſtimmungen in das neue Proceßverfahren betreffend, insbeſondre mit Rückſicht auf Civilproceſſe.

Vom Vice-Präſidenten von Düring.

Die Beſtimmungen des Uebergangsgeſetzes vom 4. Mai 1852 in Beziehung auf die Anwendung der bürgerlichen Proceßordnung auf anhängige Civilrechtsſtreitigkeiten gehören offenbar zu den ſchwierigern Aufgaben der Legislation. Auf der einen Seite lag der Wunſch dem Geſetzgeber ſehr am Herzen, ſo bald wie möglich die Vorzüge des neuen Civilproceßverfahrens auch den anhängigen Rechtsſtreitigkeiten zu Gute kommen zu laſſen, und ſo bald wie möglich der Vorſchriften des alten Proceßverfahrens überhoben zu ſein, da die neuere Organiſation der Gerichte in mancher Hinſicht auf jene Vorſchriften nicht berechnet iſt; auf der andern Seite aber brachten eben die Verſchiedenheiten im Verfahren und vor Allem die nach dem bisherigen Verfahren den Parteien erworbenen, im neuern Proceßverfahren nicht anerkannten Rechte aus der beſonderen Proceßlage ſehr erhebliche Schwierigkeiten für diejenigen Beſtimmungen mit ſich, durch welche es ermöglicht werden ſollte, in dem nämlichen Rechtsſtreite vom alten Verfahren in das neue überzugehn.

Im Ganzen hat nun die bis jetzt gemachte Erfahrung gelehrt, daß dem Geſetzgeber die ſich geſtellte Aufgabe gelungen

sei. Die Vorschriften der §§. 5 u. f. *) des allegirten Gesetzes haben so ziemlich für sämmtliche Fälle des Uebergangs, die bis dahin vorgekommen sind, ausgereicht, und es sind grade in dieser Beziehung verhältnißmäßig wenige Zweifel vorgekommen. Ganz konnten derartige Zweifel aber selbstredend nicht unterbleiben, und mögen in dem Nachstehenden die wichtigeren vorgeführt und erörtert werden:

1) Muß für den Fall, wo irgend ein vor dem 1. Oct. 1852 betretener Proceßabschnitt, z. B. die Beweisinstanz, vom 1. Richter durch ein Erkenntniß nach jenem Zeitpunkte geschlossen wurde, wo aber durch das Erkenntniß in der Berufsinstanz die Fortsetzung der Verhandlung jenes Proceßabschnitts, z. B. die Fortsetzung des Beweisverfahrens, angeordnet wurde, nach dem alten oder nach dem neuen Proceßrechte weiter procedirt werden? Bleibt man einfach bei der Vorschrift des §. 5 stehen, daß von dem, nach dem 1. Oct. 1852 fallenden Beginne eines neuen Proceßabschnitts an, stets die neue Proceß-Ordnung zur Anwendung kommen solle, so wird man in dem vorgelegten Falle das neue Verfahren zur Anwendung bringen, und dem entspricht auch der Satz hinter der Nr. 2 des §. 6 („hinsichtlich der Rechtsmittel wider die Beweisinterlocute und Enderkenntnisse aus der Zeit nach dem 1. Oct. 1852 kommen ohne Unterschied die desfallsigen Bestimmungen der neuen Proceßordnung zur Anwendung,") — indem hiernach auch in dem vorgelegten Falle die weitere Instruction, nach §. 423 der BPO. vom Oberrichter, und zwar nach neuem Verfahren, zu leiten sein würde. Allein

*) §. 5 lautet: Auf alle am 1. Oct. 1852 anhängigen Civilprocesse findet die neue PO. Anwendung, jedoch mit der Einschränkung, daß dieselben bis zum Schlusse des Proceßabschnitts, in welchem sie sich am 1. Oct. 1852 befinden, nach den bisherigen Proceßnormen zu behandeln sind. — — — §. 6 bezeichnet als solche Proceßabschnitte 1) das erste Verfahren bis zur Hauptentscheidung, Beweisinterlocut; 2) das Beweisverfahren; 3) das Rechtsmittelverfahren; 4) das Executionsverfahren. — — — Nach §. 8 geht Alles innerhalb dieser Abschnitte nach den bisherigen Vorschriften z. B. Beweisauflagen, Rechtsmittel, Incidentstreitigkeiten ꝛc. —

es läßt sich nicht verkennen, daß sowohl der Umstand, daß die erkannte Nachinstruction vom Oberrichter vorgenommen werden müßte, als auch der Umstand, daß jetzt die neuen Proceßvorschriften zur Anwendung kommen sollen, während die frühere Instruction, das frühere Beweisverfahren, dem sich das zu vervollständigende Verfahren anschließen soll, nach altem Proceßrechte eingeleitet worden ist, zu nicht unerheblichen Proceß-Verwicklungen führen kann *).

Es wäre daher im hohen Grade erwünscht, wenn sich in dem vorgelegten Falle eine Ausnahme von den Vorschriften der §§. 5 und 6 des Gesetzes vom 4. Mai 1852 dahin deduciren ließe, daß eine Fortsetzung des alten Verfahrens eintreten müsse. Man könnte darauf verfallen, die Bestimmung des §. 8 des zuletzt allegirten Gesetzes hier analogisch zur Anwendung zu bringen, danach alle innerhalb eines vor dem 1. Oct. 1852 betretenen Proceßabschnittes vorkommenden Beweisauflagen u. s. w. nach altem Rechte behandelt werden sollen, indem man davon ausginge, daß der frühere Proceßabschnitt nur durch das Erkenntniß unterbrochen, durch die reformatoria aber von Neuem wieder eröffnet sei. Allein einerseits steht im §. 5 die Regel zu allgemein und zu bestimmt aufgestellt, daß nach dem Schlusse eines Proceßabschnitts allemal das neue Verfahren Anwendung

*) Z. B. Klage und Einredeschrift war nach altem Verfahren eingereicht, hierauf nach dem 1. Oct. 1852 die Klage auf Grund einer proceßhindernden Einrede zurückgewiesen, nunmehr reformirt der Oberrichter durch Anordnung weiterer Instruction, da muß sich das mündliche Verfahren auf eine höchst unbequeme Weise dem schriftlichen anreihen; oder: ein Theil des Beweises war angetreten, ein Theil versäumt, der Richter erkennt eine desertoria und condemnirt den Producenten; auf dessen Appellation reformirt aber der Oberrichter durch Anordnung weiterer Beweisinstruction und es muß der rückständige Theil der Beweisführung nach neuem Proceßrechte geleitet werden. Das alte Recht (die Unter-Gerichts-Ordnung) kannte kein Deductionsverfahren, das neue schreibt dasselbe vor, es darf sich das Letztere also nur auf die neuen Beweismittel erstrecken; das alte kannte das Beweismittel des Eides unter weit wenigern Einschränkungen als das neuere Proceßrecht (§§. 278 292 ff.), welche Vorschriften sollen da prävaliren? Aehnliche Bedenken und Unzuträglichkeiten ließen sich noch in größerer Anzahl vorführen.

finden ſolle, als daß man da eine Ausnahme ſtatuiren dürfte, wo dieſe nicht mit ausdrücklichen Worten vorgeſchrieben iſt; keinenfalls dürfte man aber aus der im §. 8 enthaltenen Beſtimmung hinſichtlich eines andern Falls, wo der Schluß des Proceßabſchnitts noch nicht Statt gehabt, auf den jene Regel alſo auch nicht paßt, auf dem Wege der Analogie eine ſolche Ausnahme herconſtruiren. Dann aber würde man mit der erwähnten Anwendung des §. 8 doch auch noch nicht von der Vorſchrift des §. 6 frei kommen, daß die Rechtsmittel, durch welche der erkannte Schluß der daſelbſt sub. 1 und 2 aufgeführten Proceßabſchnitte angefochten wird, in jeder Beziehung nach den neuen Proceßvorſchriften behandelt werden ſollen, alſo auch in dem durch den §. 423 der bürgerlichen Proceßordnung vorgeſchriebenen Punkte, danach etwaige Beweiſe und ſonſtige Inſtructionen, welche durch die reformatoria erforderlich werden, von dem Berufungsrichter ſelbſt, und damit wiederum ſelbſtredend nach dem neueren Verfahren, angeordnet und durchgeführt werden ſollen. Ausdrückliche Beſtimmungen, die zu einer Abweichung von den Vorſchriften der §§. 5 und 6 des Geſetzes vom 4. Mai 1853 berechtigten, ſind aber in dieſem Geſetze nirgend anzutreffen.

Gleichwohl hat das K. OAG. im erſten Senate, in Sachen Havemann c. Havemann, wo das OG. zu Göttingen wegen Verſäumniß einer Beweisfriſt inmitten der Beweisinſtruction eine desertoria und in Folge der letzteren eine Verurtheilung in der Hauptſache ausgeſprochen hatte, und wo das OAG. die Beſeitigung der desertoria mit ihren Folgen und eine Wiederaufnahme des Beweisverfahrens für nöthig hielt und mittelſt Urtheils vom 2. Sept. d. J. erkannte, den Uebelſtand einer Fortführung des unterbrochenen, nach älterem Verfahren eingeleiteten Beweiſes nach neuerem Proceß-Rechte ſo hoch angeſchlagen, daß es die weitere Inſtruction deſſelben nach älterem Rechte durch den Unterrichter für unerläßlich und ſich zu einer desfallſigen Anordnung durch die Argumentation für berechtigt hielt, daß der Geſetzgeber beim Entwurfe des §. 5 von dem Hauptgeſichtspunkte ausgegangen ſei, in einem und demſelben Proceßabſchnitte dürfe immer nur nach einem Proceßgeſetze verfahren werden, und daß daher die Vorſchriften über Anwen-

dung des neuen Rechts nur da maßgebend sein können, wo sie nicht mit jenem Hauptgesichtspunkte in Conflict gerathen *). Ob das OAG. bei dieser Argumentation den wirklich maßgebenden Gesichtspunkt richtig herausgefunden habe, dürfte immer disputabel bleiben. Man könnte vielleicht noch richtiger und mit näherem Anschlusse an die Worte des Gesetzes vom 4. Mai 1853 so sagen: Das ganze Gesetz und namentlich der §. 5 geht von dem Gesichtspunkte aus: Thunlichst und regelmäßig muß das neue Verfahren auch bei anhängigen Processen angewandt werden, nur wenn ein Proceß-Abschnitt nach altem Verfahren begonnen ist, soll er nach altem Verfahren durchgeführt werden, sobald aber einmal ein Schluß darin gebracht ist, verliert diese Einschränkung ihre Kraft und es bleibt bei der Regel, von der für den Fall, daß im Wege der Rechtsmittel nach neuem Verfahren zu dem verlassenen Proceßabschnitt zurückgekehrt werden muß, eine Ausnahme nicht weiter statuirt ist.

2) Eben so zweifelhaft ist es befunden, ob die Verhandlungen über eine Eidesleistung, welche erst nach dem über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheidenden Erkenntnisse zugelegt werden, noch in den im §. 6 Nr 2. bezeichneten Proceß-Abschnitt ge-

*) Die Worte des Urtheils vom 2. Sept. d. J. lauten, wie folgt:

Da nun durch diese Entscheidung die Beweisinstanz wieder eröffnet wird, welche unter der Herrschaft des ältern Proceßrechts begonnen ist, und, da dem Kläger noch keine Frist zur Antretung des direkten Gegenbeweises wider den Einredenbeweis des Verklagten vorgesetzt worden, — — noch nicht einst zur sofortigen Abgabe eines Haupterkenntnisses über deren materielles Ergebniß instruirt erscheint,

eine, leicht zu ungleicher Behandlung der Parteien und schwer lösbaren Verwirrungen führende theilweise Unterstellung desselben Proceßabschnitts unter, ganz verschiedenen Grundprincipien entwachsene Proceßrechte aber dem präsumtiven und außerdem im Gesetze vom 4. Mai 1852 hinlänglich zu erkennen gegebenen Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, zu einer Fortführung des Beweisverfahrens nach älterem Proceßrechte dieses Gericht auch nicht auf Grund der §§. 422 und 423 der BPO. ermächtigt werden kann;

so wird hiedurch die Zurücksendung der Akten an das OG. Göttingen verfügt, damit dieses das wieder eröffnete Beweisverfahren anderweit aufnehme und durch ein Erkenntniß zum Schluß bringe.

hören. — Im Allgemeinen läßt sich als gewiß annehmen, daß der Gesetzgeber unter jenem Ausdrucke „das über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheidende Erkenntniß" nur dasjenige Erkenntniß verstanden wissen gewollt, welches das Ergebniß des Beweisverfahrens in allen seinen Theilen endlich entscheidet; also nicht etwa auch ein Erkenntniß, welches inmitten des Beweisverfahrens das Resultat nur eines Theils der Beweisführung (z. B. des Zeugenbeweises) oder nur hinsichtlich des Hauptbeweises entscheidet, während die Entscheidung über einen andern Theil der Beweisführung (z. B. des gleichzeitig angetretenen Urkundenbeweises) oder über den Einredenbeweis noch im Rückstande ist; auch nicht ein Erkenntniß, welches zwar die ganze bisherige Beweisführung umfaßt, aber nur bedingt, noch abhängig von einem nothwendigen Eide, das Resultat der bisherigen Beweisführung ausspricht. Denn, da die, nach einem solchen theilweisen oder nicht schließlichen Erkenntnisse über das Ergebniß des Beweisverfahrens zur vollständigen Erledigung der Beweis-Instanz noch erforderlichen Verhandlungen jedenfalls Theile des Beweisverfahrens ausmachen, nun aber das allegirte Gesetz bei Aufzählung der einzelnen Proceßabschnitte im §. 6 nur eines Proceßabschnitts für das Beweisverfahren erwähnt, nämlich desjenigen in der Nr. 2, so wird man den Worten, durch welche es jenen Proceßabschnitt näher umschreibt, auch eine möglichst weite Bedeutung, also, so weit dies nach den Regeln der Grammatik zulässig ist, eine Bedeutung geben müssen, nach welcher es ermöglicht wird, daß sämmtliche dem Beweisverfahren angehörigen Verhandlungen eben jenem Proceßabschnitte subsumirt werden. Eine solche weitere und daneben grammatisch völlig zulässige Bedeutung wird aber erreicht, wenn man dem hervorgehobenen Ausdrucke die oben erwähnte Auslegung giebt. Hiernach würden also die Verhandlungen vor dem den Beweis instruirenden Richter über einen nothwendigen Eid, obwohl derselbe in einem Erkenntnisse nach dem 1. October 1852 sich über das Resultat des ganzen, vor jenem Zeitpuncte begonnenen Beweisverfahrens ausgesprochen und nur noch den definitiven Ausgang des Rechtsstreits von jenem nothwendigen Eide abhängig gemacht hat, noch in den Proceßabschnitt §. 6 Nr. 2

gehören, weil jenes Erkenntniß bedingt und nicht ein endliches war. Eben so würden die Verhandlungen über einen eventuell deferirten Eid, nachdem ein nach dem 1. October 1852 gesprochenes Erkenntniß die principale Beweisführung für verfehlt erkannt hat, gleichfalls noch in den Proceßabschnitt §. 6 Nr. 2 fallen müssen, eben weil das gedachte Erkenntniß sich noch nicht über das Resultat der ganzen Beweisführung, nämlich nicht über dasjenige der eventuellen Eidesdeferirung, verbreitet hatte. Sind diese Sätze aber richtig, gehören in diesen Fällen die Verhandlungen über Eidesleistung noch in den Proceßabschnitt über das Beweisverfahren §. 6 Nr. 2, würde also durch jene theilweisen oder nur bedingt endlichen Entscheidungen aus einer Zeit nach dem 1. October 1852 jener vor diesem Zeitpuncte begonnene Abschnitt nicht beschlossen — so folgt ferner daraus, daß die Rechtsmittel wider diese Entscheidungen auch nach altem Verfahren behandelt werden; denn dann sind sie Rechtsmittel, welche innerhalb eines im alten Verfahren begonnenen Proceßabschnitts vorkommen, und müssen, nach §. 8, auch nach diesem Verfahren behandelt werden. Nur für den Fall wird die deducirte Ansicht nicht ausreichen, wenn, wie dies nach bisherigem Proceßrechte, namentlich der UGO. von 1827, stattnehmig war, der Eid nicht eventuell zugeschoben war, sondern der Producent, nachdem ein völlig definitives Erkenntniß seine bisherige Beweisführung für unzulässig erkannt hat, vor dessen Rechtskraft erklärt, von der Eidesdelation, mochte er sich diese gleich Anfangs vorbehalten haben oder nicht, Gebrauch machen zu wollen, denn in diesem Falle war das Beweisverfahren völlig erschöpft; das Erkenntniß, welches dasselbe terminirte, verbreitete sich über die ganze Beweisführung, soweit sie bis dahin betreten war, und entschied dieselbe definitiv. Wurden demgemäß wider eine solche Entscheidung Rechtsmittel zur Hand genommen, so mußten diese derjenigen Vorschrift unterliegen, welche sich im Satze hinter der Nr. 2 des §. 6 befindet, sie mußten sich ganz nach den Bestimmungen des neuen Verfahrens richten. Der Umstand, daß der Producent dann, nach Erlaß des Erkenntnisses, jedoch vor dessen Rechtskraft noch von der Eidesdelation Gebrauch machte, konnte nicht mehr als ein Theil der bereits

geschlossenen Beweisführung, sondern nur als ein Ereigniß betrachtet werden, welches ausnahmsweise nach der frühern Gesetzgebung geeignet sein sollte, die Wirkung des obigen Erkenntnisses bei Seite zu schieben und ein neues Beweisverfahren durch Eidesleistung ins Leben zu rufen. In den Proceßabschnitt Nr. 2 des §. 6 gehörten also die Verhandlungen über eine solche nachträgliche Eidesdelation nicht. Allein in welchen Proceßabschnitt gehören sie denn? In denjenigen der Rechtsmittel-Instanz auch nicht, denn sie wurden ganz ohne Rücksicht auf den Ausgang der Rechtsmittel zugelegt. Sie bilden vielmehr einen besondern Abschnitt für sich, dessen das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, der aber, eben weil er erst nach dem 1. October 1852 begonnen hat, nach der Regel des §. 5 den Vorschriften des neuen Proceßrechts anheimfallen muß*).

*) In diesem Sinne hat sich auch der Cassationssenat auf die Nichtigkeitsquerel des Vollköthners Lüders in Gr. Lobke gegen den Kaufmann Oekermann, mittelst Urtheils de publ. vom 10. Sept. 1853, ausgesprochen. In diesem Rechtsfalle hatte nämlich der Querulat, unter Vorbehalt der Eidesdelation, einen ihm obliegenden Beweis durch Zeugen und Urkunden unter der Herrschaft des alten Rechts angetreten, dieser Beweis war am 13. Januar 1853 vom Amtsgerichte zu Ruthe für verfehlt erkannt und weitere Entscheidung über die vorbehaltene Eidesdelation ausgesetzt. Querulat hatte wider das Erkenntniß die Berufung nach neuem Rechte zur Hand genommen (und zwar, begreiflich unter Versäumung der Interpositionsfrist nach altem Rechte, am Schlusse der einmonatlichen Berufungsfrist). Das Berufungsgericht hatte die Berufung, ungeachtet der Einwendungen des Querulanten gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nach neuem Rechte überhaupt, insonderheit aber auch gegen die Zeitigkeit der vorliegenden Berufung, angenommen und hatte den Zeugen- und Urkundenbeweis reformando für geführt erkannt. Dawider verfolgte der Querulant die Nichtigkeitsquerel beim Cassationssenate und suchte die Nichtigkeit in dem Umstande, daß das Berufungserkenntniß gegen die Rechtskraft des Erkenntnisses erster Instanz anstoße (§. 431 Nr. 9 der BPO.) indem 1) Letzteres nach Verlauf von 10 Tagen ab insin. rechtskräftig gewesen sei, da nur ein altes Rechtsmittel dawider stattnehmig gewesen sein würde, und das Berufungsgericht, indem es der unstattnehmigen Berufung Folge gegeben und reformirt habe, ein bereits rechtskräftiges Erkenntniß umgestoßen habe. Die Unzulässigkeit der Berufung nach neuem Rechte fand Querulant

3) Endlich wird auch noch darüber Zweifel erhoben, ob der Proceßabschnitt sub 2, des §. 6 nach neuem oder nach altem Verfahren zu behandeln sei, wenn

---

darin, daß das Beweisverfahren durch das fragliche Erkenntniß der ersten Instanz noch nicht terminirt worden sei, da noch die Eidesdelation im Rückstande gewesen, also die Grundsätze des §. 8 des Gesetzes vom 4. Mai 1852 hier zur Anwendung zu bringen und danach nur ein Rechtsmittel nach altem Rechte wider jenes Erkenntniß zuzulassen gewesen wäre. Eventuell 2) glaubte Querulant aber auch die in concreto verfolgte Berufung, weil sie erst nach Ablauf von 2 Wochen erhoben, aus dem, gleichfalls in der Berufungs-Instanz als verzögerliche Einrede geltend gemachten Grunde als unzulässig bezeichnen zu können, weil das erste Erkenntniß nicht als ein Endurtheil anzusehen sei, und demgemäß keinenfalls eine einmonatliche sondern nur eine zweiwöchige Berufungsfrist hier zulässig sei (§§. 395 u. 401 der BPO.)

Der Cassationssenat verwarf aber die Nichtigkeitsbeschwerde mit folgenden Gründen:

„Demnach 1) nach Vorschrift des §. 6 Nr. 2 des Gesetzes vom 4. Mai 1852, das Beweisverfahren mit dem, über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheidenden Erkenntniß sein Ende erreicht, und daher nach Vorschrift des §. 5 desselben Gesetzes von da an die neue Proceßordnung zur vollen Anwendung kommt, folglich gegen ein solches Erkenntniß nicht ein Rechtsmittel der alten Proceßgesetze, sondern die Berufung stattfindet; das Erkenntniß des Amtsgerichts Ruthe vom 15. Januar 1853 aber über den Erfolg des Beweisverfahrens vollständig entscheidet, und der Umstand, daß der Beweisführer die eventuelle Eidesdelation sich vorbehalten hat, weder die Eigenschaft jenes Erkenntnisses als eines über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheidenden Erkenntnisses zu ändern, noch den Proceßabschnitt des Beweisverfahrens hinauszurücken vermag; demnach sodann 2) das Erkenntniß des Amtsgerichts Ruthe vom 15. Januar 1853 als ein Endurtheil angesehen werden muß, indem es über die Resultate des Beweisverfahrens endlich entscheidet, und der Umstand, daß möglicherweise durch die vorbehaltene Eidesdelation ein anderes Ergebniß bewirkt werden kann, jenem Erkenntnisse nicht die Eigenschaft eines Endurtheils zu nehmen vermag; diesemnach daher 3) das Erkenntniß des Amts Ruthe vom 15. Januar 1853 noch nicht rechtskräftig geworden war, als das Obergericht zu Hildesheim sein Erkenntniß vom 27. April 1853 abgab, indem die für Berufungen gegen Enderkenntnisse der Amtsgerichte im §. 401 der BPO. gesetzte einmonatliche Frist gewahrt ist, folglich die im §. 431 Nr. 9 der Proceßordnung aufgeführte Nichtigkeit des Verstoßes gegen eine, in demselben Processe ergangene

vom Richter erster Instanz zwar vor dem 1. Oct. 1853 das Interlocut gesprochen, hiergegen aber Rechtsmittel verfolgt waren und erst nach dem gedachten Zeitpuncte das Interlocut, sei es in seiner ursprünglichen Gestalt, sei es unter dem Einflusse einer reformatoria rechtskräftig festgestellt worden ist? Auf den ersten Blick können die Worte jener Nr. 2. des §. 6 allerdings verschieden aufgefaßt werden, und selbst der von den Ständen dem ursprünglichen Entwurfe des Gesetzes hinzugefügte Zwischensatz „mag dieses (so das Erkenntniß) in erster oder der Rechtsmittelinstanz erlassen sein," würde für sich allein nicht geeignet sein, die aufgeworfne Frage zu entscheiden. Allein wenn man erwägt, daß das Stadium des Beweisverfahrens frühstens mit der Gewißheit darüber, was zu beweisen ist und wem der Beweis obliegt, beginnen kann und dieser Zustand erst mit dem Augenblicke eintritt, wo das Beweiserkenntniß an sich erlassen ist, und in dem Falle, wo die hierdurch erlangte Gewißheit durch Rechtsmittel suspendirt worden, mit demjenigen Augenblicke, wo die Letzteren ihre Erledigung gefunden haben, so muß man sich doch sicherlich dahin entscheiden, daß das Gesetz auch jenem Unterscheidungsmerkmale habe Folge geben wollen. Man wird also annehmen müssen, daß, wenn das eigentliche Interlocut in die Zeit vor dem 1. Oct. 1852 fiel, ohne angefochten zu werden, der Abschnitt des Beweisverfahrens unter der Herrschaft der alten Gesetzge-

---

rechtskräftige Entscheidung, wenn auch die Nr. 9 jenes §. auf den vorliegenden Fall an sich zutreffen sollte, hier nicht vorliegt; so wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Das vorstehende Erkenntniß ist auch insofern interessant, als es gleichzeitig den Zweifel entscheidet, in welche Kategorie Erkenntnisse gehören, welche über das Resultat einer Beweisführung entscheiden, ohne sich schon über ihre Folgen in Beziehung auf die Hauptsache auszusprechen; dann aber auch insofern, als es den Zweifel berührt, ob die Zulassung der Berufung wider ein Erkenntniß nach Ablauf der Berufungsfrist in dem Falle, wo der Appellat die Versäumung der Frist gerügt hat, eine Nichtigkeit auf Grund des §. 431 Nr. 9 der BPO. enthalte. Leider hat der Cassationssenat in dieser Hinsicht seine Ansicht nicht bestimmt ausgesprochen.

bung seinen Anfang nahm, daß aber im Falle jenes Interlocut durch Rechtsmittel angefochten wurde und durch ein anderweites Erkenntniß aus einer Periode nach dem 1. Oct. 1852 die Fragen: was zu erweisen sei oder wem der Beweis obliege? erst fixirt wurden, schon das neue Verfahren Anwendung findet. Diese Auslegung würde auch der im §. 5 vorangestellten Absicht des Gesetzgebers, thunlichst bald auch auf die alten Processe die neuen Vorschriften zur Anwendung zu bringen, am meisten entsprechen, indem sie der sofortigen Anwendung der neuern Proceßgesetzgebung die günstigere Auslegung ist; sie entspricht daneben den Rationen der Stände, womit sie die oben hervorgehobene Einschaltung motivirt haben, verbis:

„um jeden Zweifel, von wo sich das Beweisverfahren datiren solle, abzuschneiden, und in Erwägung, daß das in zweiter Instanz ergangene Erkenntniß so angesehn werden muß, als ob es von dem Richter erster Instanz abgegeben wäre.“*)

Dieser Ansicht consequent dürfte es dann aber auch sein, wenn in dem Falle, wo gegen das vor dem 1. Oct. 1852 erlassene Beweisinterlocut Rechtsmittel verfolgt, diese aber erst nach jenem Zeitpuncte fallen gelassen sind, das Beweisverfahren als nach dem 1. Oct. beginnend angesehn und behandelt würde, obwohl das Rechtsmittel wider das Interlocut nicht durch ein ferneres Erkenntniß, sondern ohne Weiteres oder doch nur mit Hülfe eines desertorischen Decrets terminirt worden.

Hervorgehoben mag auch noch der Fall werden, wo ein vor dem 1. Oct. 1853 erlassenes Beweiserkenntniß in verschiedene von einander völlig unabhängige Theile zerfällt (z. B. Hauptbeweis, Einredenbeweis), die Rechtsmittel aber nur gegen den einen Theil verfolgt werden, während sie sich auf den andern gar nicht beziehn, dieser vielleicht sogar als sofort rechtskräftig auch sofort in das weitere Verfahren gezogen

*) In diesem Sinne sprach auch der 1. Senat des OAG. am 27. Sept. 1853 in Sachen Möller gegen Wennigsen, wo das Interlocut zwar vor dem 1. Oct. vom Untergerichte gesprochen, gleichwohl nachher erst im Wege der Rechtsmittel bestätigt worden, gegen die Ansicht des Appellaten, die Zulässigkeit der Behandlung des danach eingeleiteten Beweisverfahrens nach dem neuen Proceßgesetze aus.

wurde. In dieſem Falle kann es leicht eintreten, daß der eine Theil des Beweiſes nach altem Verfahren behandelt wird, während der andere, nach Erledigung der Rechtsmittel erſt feſtgeſtellte Theil nach neuem Verfahren behandelt werden müßte. So unerwünſcht dieſe Erſcheinung auch ſein möchte, ſo wird ſie in dem hervorgehobenen Falle doch nicht zu umgehen ſein, ſelbſt wenn der Richter der erſten Inſtanz ſeinerſeits geneigt ſein ſollte, die Friſt zur Antretung des ſofort rechtskräftigen Beweiſes, nach dem ſchließlichen Erkenntniſſe über den, in die Rechtsmittelinſtanz gezogenen Theil des Beweiſes auszuſetzen *).

*) Zu dem ad 2 dieſes Aufſatzes (S. 438 Note) Ausgeführten darf nachträglich hier noch bemerkt werden, daß der erſte Civ. Senat des OAG. in mehreren Fällen, zuletzt in Sachen Heine ctr. Heinemann, eine Berufung nach neuerm Rechte ſogar wider ein Erkenntniß aus der Zeit nach dem erſten Oct. 1852 zugelaſſen hat, durch welches der Ausgang eines vor jenem Zeitpunkte anhängig gewordenen Beweisverfahrens noch von einem nothwendigen Eide abhängig gemacht iſt.

VI.

Zur Allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung vom 8. November 1850.

---

1. Zu den §§. 2, 4 und 190. Das höhere Gericht, welches nach dem in den Klaganträgen angegebenen Werthe des Streitgegenstandes competent ist, bleibt für die Sache zuständig, wenn auch der Kläger bei der mündlichen Verhandlung seine Klage auf eine geringere Summe beschränkt.

In einer beim Obergerichte zu Stade anhängigen Sache hatte der Kläger in seinen schriftlichen Klaganträgen eine Summe von über 100 ℛ als Gegenstand seiner Klage angegeben. Bei der mündlichen Verhandlung wurde aber sogleich von ihm erklärt, daß inzwischen ein Theil der Forderung bezahlt sei. Da der Rest nicht mehr 100 ℛ betrug, so schützte der Beklagte unter andern Einreden auch die des unzuständigen Gerichts vor, indem er der Meinung war, daß in dieser, nach dem mündlichen Klagvortrage unzweifelhaft zur amtsgerichtlichen Competenz gehörigen Sache die Zuständigkeit des Obergerichts nicht dadurch begründet sein könne, daß in den vorbereitenden schriftlichen Klaganträgen eine größere Summe gefordert sei. Die Einrede wurde jedoch verworfen, weil

1) bei der Frage über die Zuständigkeit des Gerichts, wo diese von dem Betrage des Streitgegenstandes abhängt, auf diejenige Summe zu sehen sei, welche der Kläger bei Erhebung des Rechtsstreits gefordert hat, indem mit diesem Zeitpuncte nach §. 190 der BPO. namentlich auch die Wirkung der Rechtshängigkeit eintrete, der Prozeß aber nach dem=

ſelben Paragraphen mit der Zuſtellung der ſchriftlichen Klaganträge bereits erhoben ſei,

2) weil durch die Vorſchrift im §. 4 der BPO. dieſer Satz auch keineswegs aufgehoben, ſondern nur eine Ausnahme davon für die Fälle beſtimmt werde, da im Laufe des Prozeſſes ein größerer Werthbetrag, als worauf die Klage gerichtet war, in den Streit gezogen wird,

3) weil das Princip ſelbſt, daß für die Beurtheilung der Zuſtändigkeit der Streitgegenſtand nach dem Zeitpuncte der Klagerhebung zu berechnen iſt, auch durch die Vorſchrift im §. 2 Nr. 3 der PO. beſtätigt werde, indem darnach, wenn eine Werthſchätzung zu dieſem Zwecke in Frage kommt, dieſe ſich nach eben jenem Zeitpuncte, ohne Rückſicht auf ſpätere Werthänderung richten ſoll.

OGVD. Dr. Francke.

2. Zum §. 62. Kann das Gericht höherer Inſtanz einer Partei, welche in der früheren Inſtanz das Armenrecht gehabt, dieſes für die höhere Inſtanz bewilligen oder muß auch hier die Ertheilung von der Staatsanwaltſchaft ausgehen?

Zu dieſer Frage giebt der letzte Abſatz des §. 62 der BPO. — „In einer ferneren Inſtanz kann das Armenrecht auf Grund des, daſſelbe für die frühere Inſtanz bewilligenden Beſchluſſes zugeſtanden werden" — Veranlaſſung, indem die PO. eine beſtimmte Entſcheidung dieſes Punctes nicht enthält, die fragliche Vorſchrift aber verſchieden aufgefaßt wird. Während Einige nämlich der Anſicht ſind: den Gerichten ſei durch dieſen Schlußſatz des §. 62 die Ertheilung des Armenrechts beigelegt, halten Andere dafür, daß auch in dem hier in Rede ſtehenden Falle die Staatsanwaltſchaft über die Bewilligung des Armenrechts zu entſcheiden habe. Dieſe letztere Anſicht verdient m. E. den Vorzug. Die BPO. geht, wie dieſes die Motive der Regierung ganz entſchieden hinſtellen und ausdrücklich hervorheben, von dem Grundſatze aus, daß es nicht paſſend ſei, die Bewilligung des ſ. g. Armenrechts in die Hand des Richters zu legen, daß es vielmehr mit der ganzen Stellung der Staats-

anwaltſchaft völlig im Einklange ſtehe, wenn ihr die Entſcheidung über Geſuche um Ertheilung des Armenrechts zugewieſen werde. Dieſes Princip iſt im §. 62 der BPO. denn auch ſo vollſtändig zur Ausführung gebracht, als es bei Organiſation der Gerichte möglich war und nur aus einem Nothgrunde, wegen des Mangels einer Staatsanwaltſchaft mit allgemeineren Functionen bei den Amtsgerichten, hat man bei dieſen die Bewilligung des Armenrechts dem Amtsrichter übertragen. Dieſe Abweichung von dem Grundprincipe wird als ein unvermeidliches Uebel erkannt. Aber es handelt auch hier der Amtsrichter, ſtreng genommen nicht als Richter, ſondern als Stellvertreter der StAnw., ebenſo wie in mehreren andern Fällen. Bei dieſer Grundlage der fraglichen geſetzlichen Beſtimmungen wird man gewiß von vornherein bei der Interpretation des Schlußſatzes des §. 62 im Zweifel für die letzte der oben mitgetheilten Anſichten ſich erklären müſſen, indem nicht anzunehmen iſt, daß der Geſetzgeber mit dem ſo beſtimmt hingeſtellten Principe, das auch in den Worten des Geſetzes ſelbſt im erſten Abſatze des §. 62: „abgeſehen von der Auswahl der Armenanwälte — — erfolgt die Bewilligung des Armenrechts von der StAnw. des betreffenden Gerichts“ ſeinen Ausdruck gefunden, in Widerſpruch getreten, ohne alle Veranlaſſung und Nothwendigkeit auch bei den Gerichten, wo eine StAnw. mit allgemeinen Functionen ſich findet, von demſelben abgewichen ſein ſollte. Allein es kann m. E. die fragliche Vorſchrift des § 62 gar nicht in der Weiſe ausgelegt werden, daß dadurch den Gerichten die Entſcheidung über die Bewilligung des Armenrechts zugewieſen worden wäre. Wenn durch den ſchon mitgetheilten Abſatz 1 des §. 62 die Bewilligung des Armenrechts ganz allgemein für die bei den Gerichten, mit Ausnahme der Amtsgerichte, anhängigen Sachen der StAnw., ohne Beſchränkung auf die erſte Inſtanz übertragen worden, ſo hätte jedenfalls, ſofern für die fernere Inſtanz eine Aenderung eintreten ſollte, die Competenz des Gerichts beſtimmt ausgeſprochen werden müſſen. In dem Schlußſatze des §. 62 iſt von der bewilligenden Behörde überall nicht die Rede, und kann man daraus um ſo weniger die Zuſtändigkeit des Gerichts höherer Inſtanz zu der hier in Rede ſtehenden Verfügung ableiten, als durch den

ürbigen Theil des §. 62 im Gegensatze zu dem früheren Proceß-verfahren den Gerichten eine ihnen früher zustehende Befugniß entzogen worden ist. Will man etwa für jene Ansicht anführen, durch die erste Bewilligung des Armenrechts durch das Amts-gericht resp. die StAnw. werde dieses der Partei für den ganzen Proceß gewährt, so findet dieses Moment allerdings scheinbar in der Bestimmung des a linea 2 des §. 62: „die Bewilligung darf nur für einen bestimmten Proceß ausgesprochen werden," seine Bestätigung; allein diese ist in der That nur eine scheinbare; denn wäre mit der Ertheilung in erster Instanz das Armenrecht für den ganzen Rechtsstreit gegeben, so könnte überall die gegenwärtige Frage nicht entstehen, der Schlußsatz des §. 62 überall nicht vorhanden sein. Meines Erachtens ist der Schlußsatz des §. 62 nur dahin zu verstehen, daß er die Zuständigkeit der bewilligenden Behörde völlig unberührt läßt, daß also auch für die fernere Instanz der StAnw. die Prüfung und Entscheidung über die Gesuche um Bewilligung des Armen-rechts zusteht, daß dagegen die nothwendigen Voraussetzungen für die Ertheilung des Armenrechts insoweit für die fernere Instanz modificirt sind, daß es nicht mit Nothwendigkeit der Vorlegung eines vorschriftmäßigen Armuthszeugnisses, so wie der Anzeige der Angriffs- resp. Vertheidigungsmittel bedarf, daß vielmehr die Gewährung auf Grund des dasselbe für die frühere Instanz bewilligenden Beschlusses des Amtsgerichts resp. der StAnw. des OG. erfolgen kann. Demnach hat sich die arme Partei auch in der ferneren Instanz an die StAnw. des be-treffenden Gerichts zu wenden.

Gerichtsassessor Peterßen.

3. Zum §. 153. Fristerstreckung im amtsgerichtlichen Verfahren.

Die Bestimmung im 2. a linea des §. 153, wornach die Verpflichtung der um Fristerstreckung nachsuchenden Partei, die Gegenpartei von ihrem Begehren und dessen Gründen zu benach-richtigen, im amtsgerichtlichen Verfahren cessirt, wird häufig so verstanden, als ob es in demselben überall des Einverständnisses der Gegenpartei, bez. der Anhörung derselben nicht bedürfe, vielmehr der Amtsrichter ohne das Vorhandensein jener Requisite

die Frist auf einseitiges Anrufen erstrecken dürfe. Es mag nun zwar die Stellung des Schlußsatzes des 2. a linea §. c. eine solche Auffassung veranlassen können, was vermieden sein würde, wenn derselbe gleich zwischen den Worten „zu benachrichtigen;" — und — „erklärt diese sich" (wohin er gehört) seine Stelle gefunden hätte. Indessen kann doch auch auf die bloße Stellung desselben nicht ein solches Gewicht gelegt werden, daß angenommen werden dürfte, es hätten durch denselben auch die sämmtlichen übrigen Bestimmungen des 2. a linea des §. cit. für das amtsgerichtliche Verfahren aufgehoben werden sollen. Eine solche Auffassung widerstreitet nicht nur dem Geiste des Gesetzes, sondern läßt sich auch aus den Worten desselben durchaus nicht rechtfertigen, da — wenn der Gesetzgeber dies beabsichtigt — er solches nicht bloß durch die Aufhebung der Verpflichtung zur Benachrichtigung der Gegenpartei hätte ausdrücken können und dürfen. Es ist vielmehr das 2. a linea des §. 153 für das amtsgerichtliche Verfahren so zu verstehen, daß, wenn die um Fristerstreckung nachsuchende Partei sich des Einverständnisses der Gegenpartei nicht versichert hat (wozu sie allerdings nicht verpflichtet ist, was sie aber, wenn es geschehen, von der Anzeige bei dem Gerichte, bez. der Wahrnehmung des Termins befreit) das Amtsgericht nach Anhörung der Gegenpartei über das Fristgesuch zu entscheiden hat. So ist denn auch von dem Königl. OG. Hameln in einer an dasselbe gelangten Berufung kürzlich erkannt worden. Uebrigens läßt sich nicht läugnen, daß die entgegengesetzte Ansicht, wenn sie sich nur mit dem Gesetze vereinigen ließe, die größere Zweckmäßigkeit für sich hat. Eine vertragsmäßige Fristerstreckung wird, wenn nicht beide Theile von Rechtsbeiständen bedient sind, fast nie vorkommen, und der Ausweg, dessen sich Einsender dieses bedient, um die unnöthigen Kosten der Anhörung der Gegenpartei zu vermeiden, daß er auf ein eingebrachtes Fristgesuch einen Bescheid etwa dahin abgiebt: — daß zwar der Richter auf einseitigen Antrag eine Frist zu erstrecken nicht befugt sei, daß aber, wofern die Gegenpartei damit einverstanden sei, — unter Vorbehalt der Entscheidung über die Kostentragung — anderweiter Verhandlungstermin auf den u. s. w. angesetzt werde, — hat ebenfalls fast nie zum Ziele geführt, da, wenn die Gegenpartei ohne

Rechtsbeistand war, dieselbe den Bescheid fast nie richtig verstanden, und nicht geglaubt hatte, daß sie ohne Nachtheil in dem zuerst angesetzt gewesenen Termine ausbleiben könne, wenn sie auch gegen die Verlegung des Termins nichts einwenden konnte oder einzuwenden hatte.

AGAssessor Schwiening zu Springe.

4. Beweislast bei verzögerlichen Einreden nach §. 196 der BPO.*)

Die Bestimmung im zweiten Satze des §. 196 der BPO. „Der Beklagte hat die verzögerlichen Einreden — — — sofort und gleichzeitig vorzubringen, auch mit den Behauptungen zugleich den Beweis derselben, insoweit ein solcher überhaupt erforderlich ist, anzutreten,"

kann, wenn man blos auf die Worte sieht, so verstanden werden, daß stets der Beklagte den bei verzögerlichen Einreden noch erforderlichen Beweis beibringen solle. Daß dieses jedoch nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein kann, ergiebt sich sogleich, wenn man den Inhalt dieser Einreden näher ins Auge faßt.

Eine Definition der verzögerlichen Einreden giebt unsre Prozeßordnung nicht; es ergiebt sich aber aus den einzelnen Einwendungen, welche sie als solche bezeichnet, sowie aus den Regierungsmotiven zum §. 196, daß sie den im gemeinen Prozesse damit verbundenen Begriff jedenfalls nicht eingeschränkt hat, daß namentlich nicht blos eigentliche Einreden im engern Sinne, zu deren Begründung der Beklagte selbständige factische Behauptungen aufstellt, darunter verstanden sind. So soll nach §. 185 das Verlangen des Beklagten, daß der Kläger bei dinglichen Klagen seinen Erwerbungsgrund angebe, ferner nach §. 203 eine unzulässige Veränderung der Klage, nach §. 416 die Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht gewahrter Berufungsfrist oder wegen Geringfügigkeit des Streitgegenstandes, im Wege verzögerlicher Einrede nach Vorschrift der §§. 196 und 197 geltend gemacht werden, und im §. 481 wird als ver-

*) Vergleiche die Ausführung des Herrn OGA. Dr. Northoff S. 83 dieses Bandes. (Red.)

zögerliche Einrede auch die der unzulässigen Prozeßart genannt. In allen diesen Fällen handelt es sich aber offenbar nicht um selbständige Behauptungen, durch welche der Beklagte gegen das Verfahren, wie es eingeleitet ist, sich vertheidigt; sondern es werden einfach Mängel der Klage, bez. der Berufung gerügt. Desgleichen soll nach §. 19 der PO. die Einrede des unzuständigen Gerichts jedesmal im Eingange des Rechtsstreits vorgeschützt werden, und dabei ist auf den §. 196 besonders verwiesen. Es wird damit also auch dieser Einwand, wodurch der Beklagte nur rügt, daß der Kläger nicht an das rechte Gericht sich gewandt hat, zu den verzögerlichen Einreden gezählt, obgleich selbständige Behauptungen auf Seiten der Beklagten auch dabei in der Regel nicht vorkommen werden. In den Regierungsmotiven zum §. 196 ist ganz allgemein das Vorschützen verzögerlicher Einreden als ein verzögerliches Vorbringen im Gegensatze zu der Verhandlung der Hauptsache bezeichnet; es heißt ferner daselbst, daß es eine natürliche und im mündlichen Verfahren leicht durchzuführende Forderung sei, daß das Verfahren über die prozessualischen Vorbedingungen des Rechtsstreits vorab erledigt werde, ehe der Beklagte sich in die Sache selbst einzulassen brauche. Wenn so die verzögerlichen Einreden characterisirt werden, so kann dabei natürlich nicht an den engen Begriff einer eigentlichen Einrede, wie er bei peremptorischen Einreden gewöhnlich genommen wird, gedacht sein. Wie ist nun aber mit dem weitern Begriffe der verzögerlichen Einreden die Vorschrift zu vereinigen, daß der Beklagte den Beweis derselben, sofern ein Beweis überhaupt noch erforderlich, sofort antreten soll? Man darf doch nicht annehmen, daß das Gesetz die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast hier habe in so auffallender Weise abändern wollen, daß bei factischen Fragen in Beziehung auf die Competenz, in Beziehung auf die Legitimation der Vertreter oder auf die gewählte Prozeßart, allemal der Beklagte beweispflichtig sein soll.*) Das wäre

*) Nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast wird es nur selten vorkommen, daß der bei diesen Einreden noch erforderliche Beweis vom Beklagten beizubringen ist. Nur wenn der Beklagte seinen Einwand auf den Eintritt neuer Thatumstände, auf eine Veränderung der

ſo abnorm und ein Grund dafür ſo wenig aufzufinden, daß eine ſolche Annahme ganz abgewieſen werden muß.

Erwägt man, daß der §. 196 nur das Verhältniß des verzögerlichen Vorbringens gegenüber dem Verhandeln der Hauptſache feſtſtellen will, eine Beſtimmung über die Beweislaſt aber an dieſer Stelle des Geſetzes gewiß nicht geſucht werden darf, daß es ferner bei dem zweiten Satze des §. 196 nur darauf ankam zu beſtimmen, daß die Abgabe eines förmlichen Beweis-Interlocuts und ein abgeſondertes Beweisverfahren über verzögerliche Einreden nicht ſtattfinden ſolle, daß endlich hier von einer Verbindung der Beweisantretung mit den Behauptungen die Rede iſt, ſo kann man die gedachte Beſtimmung nur ſo verſtehen: „Der Beklagte hat ſeine verzögerlichen Einreden — — ſofort und gleichzeitig vorzubringen und, wenn er dabei auf beſondere thatſächliche — von ihm zu erweiſende — Verhältniſſe ſich ſtützt, den Beweis ſeiner Behauptungen zugleich mit anzutreten.“

Dieſe Auslegung, bei welcher man allerdings annehmen muß, daß das Streben nach Kürze zu einer ungenauen Ausdrucksweiſe im Geſetze geführt hat, iſt bei dem kleinen Senate des OG. zu Stade gebilligt in Sachen von Borſtel ctr. Mau. Es wurde erkannt:

„Da ferner ein die Summe von 100 Thlr. überſteigender Werth des in Rede ſtehenden Pferdes zur Zeit der Klagerhebung bisher nicht conſtirt und der Beweis dieſes Werthes vom Kläger zu erbringen iſt — indem auch die Beſtimmung im 2. Satze des §. 196 der BPO. keine Abänderung der allgemeinen Grundſätze über die Beweislaſt enthält — — — ſo u. ſ. w.“

OGVD. Dr. Francke.

5. Zum §. 376. 388. Zuläſſigkeit ſchriftlicher Anträge und Gegenanträge im amtsgerichtlichen Verfahren.

Von einem Amtsgerichte war aus den Beſtimmungen der

bisherigen, für den Kläger ſprechenden Verhältniſſe gründet, wenn er z. B. mit der Einrede der Incompetenz eine vor Behändigung der Klaganträge ſtattgehabte Wohnortsveränderung, oder mit der Einrede der fehlenden Proceßlegitimation die Zurücknahme einer ertheilt geweſenen Vollmacht behauptet, würde er in Betreff dieſer Behauptungen der beweispflichtige Theil ſein.

§§. 376 und 388 der BPO. abgeleitet, daß schriftliche Anträge in dem Verfahren vor den Amtsgerichten nur in so weit zulässig sein, als es sich um die erste Einleitung oder um die Wiederaufnahme eines Proceßverfahrens handle. Die Sache kam in Folge einer Beschwerde zur Kenntniß des Obergerichts; der specielle Fall aber, worüber die Beschwerde erhoben war, betraf die Zurückweisung eines Schriftsatzes, in welchem beantragt war, daß wider das zu verkündende Erkenntniß nur eine vorbehaltene Berufung zugelassen werden möge. Die nachfolgenden Entscheidungsgründe ergeben, daß das Obergericht, wenngleich es in dem vorliegenden Falle die Beschwerde nicht für begründet erkannte, doch die von dem Amtsgerichte aufgestellte allgemeine Ansicht für fehlsam gehalten hat.

„In Erwägung, daß nach §. 453 Nr. 3 der BPO. eine Beschwerde wider das Gericht wegen jeder ungebührlichen Behandlung der Parteien, ihrer Proceßbevollmächtigten und Rechtsbeistände, und namentlich wegen erkannter Strafen, einschließlich der als solche geltenden Kostenerstattung, zugelassen ist, in einer nicht gerechtfertigten Zurückweisung von Schriftsätzen aber eine ungebührliche Behandlung der Partei bez. ihres Anwaltes um so mehr gefunden werden muß, als durch solche Zurückweisung zugleich die Kosten des Schriftsatzes als überflüssige bezeichnet und von der demnächstigen Liquidation ausgeschlossen werden, sonach die formelle Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde nicht bezweifelt werden mag;

in Erwägung sodann, daß die allgemeinen Bestimmungen im ersten Theile der BPO., insoweit dieselben nicht durch specielle Vorschriften im 2. Titel des II. Theils ausgeschlossen oder abgeändert sind, auch im amtsgerichtlichen Verfahren ihre vollständige Anwendung finden müssen, zu diesen allgemeinen Bestimmungen auch der im §. 92 enthaltene und in den nachfolgenden §§. weiter ausgeführte Satz gehört,

„„daß der Rechtsstreit mündlich auf Grundlage der die mündliche Verhandlung vorbereitenden schriftlichen Parteianträge verhandelt wird,““

und dieser, als eine Eigenthümlichkeit des Verfahrens vor den Obergerichten nirgend bezeichnete Satz durch die besondern Vorschriften für das amtsgerichtliche Verfahren nur in der Be-

ziehung laut des §. 376 modifizirt iſt, daß bei den Amtsgerichten die im §. 94 den Parteien auferlegte Verpflichtung zum Wechſeln ſchriftlicher Anträge nicht ſtatthaben ſoll, aus der Aufhebung der gedachten Verpflichtung aber ein Verbot der ſchriftlichen Anträge in keiner Weiſe und um ſo weniger abgeleitet werden kann, als namentlich im §. 386 der BPO. und in den §§. 46 und 47 des Geſetzes über die Geb.-Taxe in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten Schriftſätze bei den Amtsgerichten allgemein als zuläſſige Proceßhandlungen erwähnt werden, hiergegen auch der im Berichte des Amtsgerichts angezogene §. 388 der BPO. nicht in Betracht kommen kann, da das darin enthaltene Verbot eines ſchriftlichen Verfahrens nicht von den nach §§. 92 und 94 von den Parteien vor der mündlichen Verhandlung zu wechſelnden einfachen Anträgen, ſondern von dem beſondern außergerichtlichen Vorverfahren, welches nach §. 207 der PO. durch Gerichtsbeſchluß in verwickelten Sachen auf Antrag beider Theile oder des Beklagten bis zur Duplik geſtattet werden kann, zu verſtehen iſt; dieſemnach ſchriftliche Parteianträge in derſelben Maaße, wie ſie für das Verfahren vor den Obergerichten geboten ſind, und zu demſelben Zwecke der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, im amtsgerichtlichen Verfahren als geſtattet anzuſehen ſind;

in Erwägung jedoch, daß in dem vorliegenden Falle von der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung gar nicht die Rede ſein konnte, da in der anberaumten Sitzung nur ein Urtheil verkündet werden ſollte und der vom Beſchwerdeführer beabſichtigte Antrag, auf Grund des §. 398 der PO. zu verordnen, daß gegen das zu verkündende Urtheil nur die vorbehaltene Berufung ſtattfinden ſolle, kein Gegenſtand einer weitern Parteiverhandlung war,

in Erwägung endlich, daß die bloße Einreichung des Antrags in simplo beim Gerichte jedenfalls ein ganz nutzloſer Act war, da auf dieſe Weiſe die Gegenpartei von dem Begehren vor der Sitzung keine Kenntniß erhielt und auch das Gericht daſſelbe bei ſeiner Entſcheidung gar nicht berückſichtigen durfte, wenn es nicht in der mündlichen Verhandlung wiederum vorgebracht wurde; — ſo u. ſ. w.“

OGVD. Dr. Francke.

6. Zum §. 412 ꝛc. Eine in der Berufungs-Instanz vorgenommene Klageänderung ist nicht von Amtswegen für unzulässig zu erkennen *).

Bei der mündlichen Verhandlung einer Berufung wurde neben einem, in erster Instanz allein geltend gemachten Klaggrunde noch ein zweites factisches Fundament alternativ der Klage zum Grunde gelegt und mit Hülfe dieses Novi die Berufung zu rechtfertigen versucht. Der Gegner brachte den Einwand, daß diese Aenderung der Klage unzulässig sei, nicht vor, und es entstand nun bei der Berathung des Urtheils der Zweifel, ob diese Unzulässigkeit von Amtswegen beachtet und ausgesprochen werden müsse.

Für das Verfahren in erster Instanz ist im §. 203 der BPO. ausdrücklich bestimmt, daß die Klageänderung nicht ex officio zu beachten ist, sondern im Wege einer sofort zu erhebenden verzögerlichen Einrede vom Beklagten gerügt werden muß. Für das Berufungsverfahren aber ist im §. 412 der Satz an die Spitze gestellt, daß dasselbe sich im Allgemeinen nach den Th. II. Tit. I. Abschn. 1 und 2 ertheilten Vorschriften unter Berücksichtigung der in den §§. 413—419 folgenden Bestimmungen richten solle. Zu den Vorschriften, auf welche als allgemeine Richtschnur hier verwiesen ist, gehört auch die Bestimmung im §. 203; dagegen findet sich unter den besondern Bestimmungen für das Berufungsverfahren im §. 418 auch die, daß in diesem durch Vorbringen neuer Thatsachen, insbesondere neuer Einreden, Repliken und Dupliken, oder durch Benutzung neuer Beweismittel die aufgestellten Beschwerden begründet werden können, eine Veränderung der Klaganträge jedoch unzulässig ist. Ein Theil der Richter wollte darin, daß hier die Veränderung der Klaganträge in der Berufungs-Instanz schlechthin für unzulässig erklärt ist, während für das erste Verfahren nur dem Gegner das Recht gegeben sei, dagegen mittelst einer verzögerlichen Einrede aufzutreten, eine bestimmte Abweichung von den Vorschriften des §. 203 erkennen und deshalb von Amtswegen die neue Begründung der Klage

*) Der Aufsatz S. 96 dieses Bandes setzt Widerspruch des Gegners voraus. — (Red.)

abweisen. Majora nahmen jedoch an, daß die im §. 418 ausgesprochene Unzulässigkeit der Klageänderung in der Berufungs-Instanz nur den Gegensatz zu der in demselben §. statuirten Zulässigkeit aller sonstigen Nova enthalte und daß die Frage, ob die Unzulässigkeit der Klageänderung ex officio oder nur auf besondern Antrag der Gegenpartei zu berücksichtigen sei, dadurch gar nicht entschieden werde. Sie erkannten daher in der Bestimmung des §. 418 keine Abweichung von der Vorschrift des §. 203 und hielten die letztere nach der allgemeinen Verweisung im §. 412 auch für die Berufungs-Instanz für anwendbar. Demgemäß wurde in Sachen Pape ctr. Krönke beim Obergericht zu Stade entschieden:

„In Erwägung daß der Kläger in dieser Instanz seine Klage auch darauf gestützt hat, daß Beklagter nicht nur den in der Vormundschaftsrechnung berechneten Cassenbestand von 111 Thlr., sondern auch das behauptete Restituendum ex monitis ad 98 Thlr. zu den Vormundschaftsacten anerkannt habe, und wenn auch in dieser neuen Behauptung eine Klageänderung zu befinden, diese doch nach §. 203 und §. 412 der BPO. nicht von Amtswegen für unzulässig zu halten ist, Beklagter aber gegen dieselbe nichts eingewandt hat, — — so u. s. w."

OGVD. Dr. Francke.

7. Zum §. 478. Zulässigkeit des Executiv-Processes.

Die S. 127 dieses Bandes ausgeführte Ansicht, daß im Executiv-Proceß der Kläger den Beweis seiner Klage gegen den ungehorsamen Beklagten, so weit nicht Eidesdelation zulässig, durch den Inhalt der für anerkannt anzunehmenden Urkunde zu führen habe, und hievon keineswegs durch ein fingirtes Geständniß der in den Klaganträgen aufgestellten Behauptung befreit werde, — daß mithin die Vorschrift des §. 368 nicht zur Anwendung komme, ist unzweifelhaft die richtige, wie solches auch der große Senat des OG. zu Nienburg in dem hierunter angeführten Erkenntnisse in der Berufungsinstanz aussprach. — Es verdient aber wohl darauf aufmerksam gemacht zu werden, daß es immer die Leistung einer ganz bestimmten Geldsumme oder Quantität anderer vertretbaren Sachen sein muß, welche im Executiv-Proceß geltend gemacht werden kann, daß man da-

her nicht einmal neben einer bestimmten Geldsumme oder Quantität anderer vertretbaren Sachen, den noch unbestimmten Schaden fordern kann. Man wird daher bei den meisten Klagen auf Erfüllung von Verträgen, selbst wenn man den Beweis durch fehlerfreie Urkunden liefern könnte, besser thun, im ordentlichen Processe zu klagen. Der Vortheil, den der Executiv-Proceß bietet, besteht gegenwärtig viel weniger in der schnellern Procedur, als darin, daß man ein vollstreckbares Urtheil erhält, das weder durch Einspruch noch durch Berufung gehemmt wird. Auch möchte es nicht überflüssig sein, noch hervorzuheben, wie in den 3 letzten Zeilen des ersten Satzes des §. 478 die Worte *solchen Ansprüchen*, und *erst dann* besonders betont werden müssen — denn nicht bei allen zweiseitigen Verträgen braucht der Kläger den Beweis, daß er selbst erfüllt hat, zugleich mitzuliefern, sondern nur bei solchen wo dies nach *materiellem* Recht erforderlich ist. Der Kauf z. B. ist ein solcher zweiseitiger Contract, bei dem der Käufer mit dem Anerbieten zur Erfüllung seiner Leistung schon auf Erfüllung von Seiten des Verkäufers klagen kann (C. 1 §. 8 D. 19. 1) — ebenfalls steht dem Miether und Pächter eine Klage auf Erfüllung zu, ohne daß schon von seiner Seite geleistet ist. Das erwähnte Berufungsurtheil spricht sich über die hier angeführten Punkte folgendermaßen aus:

„Die Klage des Käufers aus dem Kaufcontracte auf Leistung der verkauften Sachen setzt nicht voraus, daß der klagende Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt habe. Vielmehr kann der Käufer klagend beantragen — daß der Verkäufer verurtheilt werde, *gegen* Zahlung des Kaufpreises zu leisten. Auch enthält der §. 478 der Proceß-Ordnung keine Bestimmung, welche die Zulässigkeit einer solchen Klage für den Executiv-Proceß ausschließt, und daraus folgt, daß Kläger, insoweit er auf Leistung *gegen Zahlung* des Kaufpreises klagt, hier nur den Abschluß des fraglichen Contractes zu erweisen hat. Die Klaganträge des Klägers sind aber, wie derselbe heute erläutert, dahin zu verstehen, daß Kläger nicht den ganzen Kaufpreis von 100 Thlr. offerirt, sondern will, daß Beklagter verurtheilt werde, die 121 Himten Roggen zu liefern gegen Zahlung *des* Theils des Kaufpreises, welchen Kläger nach seinem eigenen Anführen

noch nicht bezahlt hat. Der Kläger muß daher, wenn dieſem Antrage im ganzen Umfange Statt gegeben werden ſoll, beweiſen, daß er den übrigen Theil des Kaufpreiſes bereits bezahlt habe. Dieſer Beweis iſt aber nur hinſichtlich des Betrages von 30 Thlr. Gold, und nicht in Bezug auf die Summe von 7 Thlr. 13 Mgr. Courant erbracht, denn die Beſcheinigung vom 17. October 1852 iſt ihrer Undeutlichkeit wegen kein genügendes Beweismittel und im Executiv-Proceſſe hat der Kläger den Beweis ſeiner Klage gegen den ungehorſamen Beklagten, ſo weit nicht Eidesdelation zuläſſig, durch den Inhalt der für anerkannt anzunehmenden Urkunde zu führen, und wird hievon keineswegs durch ein fingirtes Geſtändniß der in den Klaganträgen aufgeſtellten Behauptungen befreit. Hieraus ergiebt ſich, daß in dieſem Executiv-Proceſſe der Beklagte zur Leiſtung der noch in Frage ſtehenden Quantität Roggen nur gegen Zahlung des Kaufpreiſes von 100 Thlr. Courant nach Abzug von nur 33 Thlr. 12 Sgr. angehalten werden kann, und da ein Antrag hierauf zu erkennen als ein in dem weitergehenden Hauptantrage liegendes Wenigeres anzuſehen, ſo iſt hiernach zu entſcheiden. Dem ferneren Klagantrage des Klägers — den Beklagten generell zum Schadenserſatze wegen verſpäteter Erfüllung, Liquidation vorbehältlich, zu verurtheilen — kann in dieſem Executiv-Proceſſe nach Vorſchrift des §. 478 der Proceßordnung nicht Statt gegeben werden. Aus dieſen Gründen, wird unter ſoweitiger Abänderung des Erkenntniſſes vom 7. December 1852, der Beklagte nunmehr ebenfalls im Executiv-Proceſſe verurtheilt,

dem Kläger, außer den $40^{8}/_{15}$ Himten Roggen, zu deren Lieferung Beklagter in jenem Erkenntniſſe verurtheilt iſt, noch $80^{7}/_{15}$ Himten neuen, reinen und trocknen Roggen, dieſe letztgenannte Quantität jedoch nur gegen Zahlung von 100 Thlr., nach Abzug von 33 Thlr. 12 Sgr. frei in Rethem oder in Eistrup auf dem Bahnhofe abzuliefern, und die dem Kläger erwachſenen Koſten dieſer wie der vorigen Inſtanz zu erſtatten."

Dr. Oppermann.

8. Wer hat das schriftliche Gesuch, von welchem §. 557 spricht, zu überreichen, und was ist zu seiner Begründung erforderlich?

Die Regulirung und Leitung der verschiedenen Executionsarten, namentlich Beantragung von Subhastationen u. s. w. ist Sache des mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvoigts resp. des Gläubigers. Man könnte deshalb glauben, daß der Gerichtsvoigt auch befugt sein müsse, wenn mehrere unbewegliche Sachen in verschiedenen Amtsbezirken (Amtsgerichtsbezirken) belegen sind, an das Ober-Gericht das schriftliche Gesuch zu richten, das Verfahren hinsichtlich aller einem der gedachten Amtsgerichte zu übertragen, denn der Gerichtsvoigt ist ja eben gesetzlich zu der Regulirung der sämmtlichen die Subhastation betreffenden Angelegenheiten bevollmächtigt. Der große Senat des OG. zu Marienburg war jedoch anderer Meinung, weil der §. 557 Absatz 3 sagt: „so kann der Gläubiger"; er wies den Antrag des Gerichtsvoigts zurück und verlangte einen Antrag durch den Anwalt der Partei. Das hat dann die Folge, daß wenn die Proceßsache in der auf Execution erkannt war, nicht schon bei dem Ober-Gerichte anhängig war, hier ein Anwalt angenommen werden muß (dessen Honorirung, namentlich wie weit er sich arrha berechnen dürfe, wieder zweifelhaft sein wird) und daß dadurch neue nicht unerhebliche Kosten entstehen, welche wieder nicht ohne Schwierigkeit zu liquidiren sind. Denn dies sind solche neuere Kosten, die sonst bei dem mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvoigt liquidirt werden, jetzt wird dies aber bei dem Gerichte geschehen müssen, das mit der Subhastation beauftragt ist. Ich machte nun diesen Antrag, wobei ich denselben hinlänglich begründet glaubte, wenn ich die verschiedenen in den verschiedenen Amtsbezirken belegenen Grundstücke genau bezeichnete, sodann hervorhob, daß schon Kostenersparung halber die Subhastation vor dem Amtsgerichte, in welchem das Hauptgut belegen, zweckmäßig sein würde, und anführte, daß wegen Mangels an beweglichem Vermögen hier eben zur Subhastation geschritten sei. Das in Besitz des Gerichtsvoigts befindliche Pfändungsprotokoll konnte ich nicht überreichen. Ich erhielt zum Bescheide:

„daß wenn Kläger noch die Nachweisung über ein ordnungsmäßig erlassenes Zahlungsgebot erbringen würde, weitere Beschlußnahme erfolgen solle.“ —

und ist diese Verfügung auch wohl ganz in der Ordnung, obgleich der Absatz 3 des §. 557 davon nichts sagt. Denn wenn der Gerichtsvoigt die Subhastation bei dem Amtsgerichte der belegenen Sache nur beantragen kann, unter Vorlegung der über das Zahlungsgebot aufgenommenen Urkunde, so muß der Gläubiger, welcher beim Ober-Gerichte einen ähnlichen Antrag macht, ein Gleiches thun. —

Dr. Oppermann.

VII.

Zur Strafproceßordnung und zum Proceßgesetze für Steuercontraventionen vom 8. November 1850.

---

1. Zum §. 32 der StPO. (Ablehnung eines Schwurgerichts vor der Verhandlung der verwiesenen Sache.)

Der wegen verschiedener Verbrechen bereits von der Strafkammer des OG. zu Osnabrück verurtheilte vormalige Senator Brill von Nordhorn war wegen des Verbrechens des betrüglichen Banquerotts mittelst Verweisungsurtheils der Anklagekammer des OAG. vor den Osnabrücker Schwurgerichtshof verwiesen, vor welchem seine Anklage am 9. Sept. 1853 zur Verhandlung gelangen sollte. Vorher beantragte er indeß bei dem designirten Vice-Präsidenten des Schwurgerichts Aussetzung des Verfahrens und als diese abgelehnt wurde, reichte er bei demselben ein an den Crim. Senat des OAG. gerichtetes Gesuch ein, worin er zunächst den Vice-Präsidenten des Schwurgerichts, sowie alle Mitglieder desselben, überall das ganze in Osnabrück zusammentretende Schwurgericht, als wider ihn eingenommen ablehnte, und zunächst um Aussetzung des Verfahrens bat.

Der gedachte Präsident übermittelte dieses Gesuch dem Criminalsenate, welcher am 6. September 1853 folgende zurückweisende Verfügung erließ:

„In Erwägung, daß vor dessen wirklichem Zusammentreten in Beziehung auf die Aburtheilung einer bestimmten Sache von der Existenz eines Schwurgerichtshofs überall nicht, mithin auch von einem gegen dessen etwaige mögliche Mitglieder anzubringenden Ablehnungs-Antrage nicht die Rede sein kann,

überdies in Erwägung, daß nach §. 32 der StPO. die Entscheidungen über Perhorrescenz-Anträge entweder von dem Gerichte selbst oder in den gegebenen Fällen von dem vorgesetzten Gerichte erfolgen, die Anklagekammer aber in Beziehung auf den Schwurgerichtshof als ein vorgesetztes Gericht nicht anzusehen ist,

so ist der Criminal-Senat über das dahier angebrachte Gesuch zu verfügen nicht berufen." v. K.

2. Zu den §§. 204 u. folg. der StPO. Noch Einiges über die Civilpartei im Strafverfahren, namentlich über die Frage, ob bei polizeilich zu strafenden Injurien der Beleidigte als Civilpartei auftreten kann.

In einem Aufsatze im vorigen Hefte dieses Magazins (S. 316 ff.) ist die Ansicht aufgestellt und näher begründet,

daß bei Polizei-Uebertretungen die Erhebung der öffentlichen Klage, wenn diese von der Staatsanwaltschaft nicht erhoben wird, dem Verletzten als Civilpartei nur dann gestattet ist, wenn er zugleich einen Civilanspruch geltend macht.

Dieselbe Ansicht, welche, wie man aus jenem Aufsatze sieht, von der Göttinger Strafkammer nicht gebilligt wurde, ist von der Stader Strafkammer einer Entscheidung vom 3. Febr. in causa ctr. v. Borstel und später noch mehren andern Entscheidungen zum Grunde gelegt. In dem v. Borstelschen Falle hatte das Amtsgericht auf eine lediglich vom Beleidigten erhobene Beschuldigung und auf seinen blos auf Bestrafung gerichteten Antrag wider den Bezüchtigten eine Geldstrafe von 20 Thlr. erkannt. Auf seine Berufung, welcher sich auch der Staatsanwalt anschloß, wurde von der Strafkammer entschieden, daß nur dann, wenn der Beleidigte zugleich einen Civilanspruch verfolgt hätte, ihm die Erhebung der öffentlichen Klage zugestanden haben würde, und wurde demgemäß die Verurtheilung des Unterrichters aufgehoben. Da die Gründe im Wesentlichen dieselben waren, welche in dem erwähnten Aufsatze geltend gemacht sind, so sollen sie hier nicht wiederholt werden.

Ein anderer Zweifel ist aber wohl einer nähern Mittei-

lung werth. Es betrifft die Frage, ob bei Injurien überhaupt der Beleidigte als Civilpartei auftreten könne, um neben der Verurtheilung zur Strafe auch den Widerruf der Beleidigung, Abbitte und Ehrenerklärung im Strafverfahren zu erlangen. Seinen Grund hat der Zweifel darin, daß im §. 204 der StPO., welcher von dem Verhältnisse der Civilpartei im polizeilichen Strafverfahren handelt, imgleichen im §. 209, welcher über die Stellung der Civilpartei im Berufungsverfahren nähere Vorschriften enthält, mehrmals der Anspruch auf Schadenersatz als der geltend zu machende Civilanspruch erwähnt, nirgend aber gesagt ist, daß auch ein Anspruch auf Privatgenugthuung wegen Injurien von dem Verletzten als Civilpartei verfolgt werden könne. Außerdem verweiset man darauf, daß schon nach dem PStG. — wie nach dem CGB. — der Beleidiger zur Abbitte, Ehrenerklärung und zum Widerruf vom Strafrichter mit verurtheilt werden könne, daß diese Privatgenugthuungsmittel im §. 18 des PStG. ausdrücklich mit unter die Strafen aufgenommen seien und deshalb auch gar kein Grund vorliege, wegen des Anspruchs auf eine solche Privatgenugthuung dem Beleidigten die Rolle der Civilpartei beizulegen.

Bisher hat jedoch die Stader Strafkammer an der Ansicht festgehalten, daß als Civilpartei bei Polizei-Contraventionen jeder Verletzte zu betrachten und zuzulassen sei, welcher im Strafverfahren einen durch das abzuurtheilende Vergehen ihm erwachsenen Civilanspruch verfolgt, möge letzterer nun auf die Erstattung eines Schadens, auf Herausgabe einer Sache oder auf eine sonstige Leistung oder Handlung gerichtet sein, möge er ein Vermögens-Interesse oder ein sonstiges Interesse beziehen. Diese Ansicht stützt sich zunächst auf den §. 45 der StPO. Hier heißt es:

„Eine Verbindung der Civilklage der Betheiligten mit der öffentlichen Klage ist nur bei Polizeiübertretungen zulässig."

Ein Unterschied unter den verschiedenen Civilklagen ist hier nicht gemacht und daher auch vom Richter nicht zu machen, wenn nicht aus andern Vorschriften des Gesetzes nachgewiesen werden kann, daß nur eine bestimmte Gattung von Civilklagen

gemeint ist. Ein solcher Beweis läßt sich aber aus den in den §§. 204 und 209 gebrauchten Ausdrücken: „Anspruch auf Schadenersatz, Entschädigungsanspruch" und ähnlichen mit Bestimmtheit nicht ableiten. Denn auch im §. 204 steht der allgemeine Satz voran:

„Der vom Staatsanwalte erhobenen öffentlichen Klage kann jede durch das fragliche (Polizei-)Vergehen verletzte Person als Civilpartei beitreten"

ohne daß hier eine Beschränkung auf verletzte Vermögensrechte beigefügt wäre. Es liegt deshalb sehr nahe, anzunehmen, daß die Schadensansprüche, deren in den folgenden Sätzen Erwähnung geschieht, nicht als die ausschließlich zulässigen Ansprüche haben bezeichnet sein sollen, sondern daß die gebrauchten Ausdrücke von der am häufigsten vorkommenden Gattung von Civilansprüchen, ohne jedoch andre auszuschließen, hergenommen sind. Sollte nur wegen einer bestimmten Art von Civilansprüchen das Auftreten des Verletzten als Civilpartei gestattet sein, so hätte man gewiß einen bestimmten Ausspruch darüber im Gesetze gethan und den ersten Satz des §. 204 so allgemein, wie er lautet, gar nicht fassen können.

Es ist auch wohl zu erklären, weshalb in den erwähnten §§. der StPO. mehrmals die Ansprüche der Civilpartei als Entschädigungsansprüche bezeichnet werden. Der französische **code d'instruction crim.**, dessen Bestimmungen über die **partie civile** unser Gesetz bei Polizeivergehen sich angeeignet hat (vergl. die Reg. Motive zum §. 45) gebraucht gleichfalls dabei die Ausdrücke: „**dommage** und **réparation du dommage**". Das ist nach französischem Rechte auch völlig zutreffend, da der **code Napoleon** gar keine andre aus Delicten entstehende Civilansprüche kennt, als eben Schadenersatz-Ansprüche (**code Napoleon III. Tit. 4 c. 2**). Namentlich sind ihm die Civilklagen bei Injurien auf Privatgenugthuung gänzlich unbekannt. Wenn nun gleiche Ausdrücke in unsere StPO. herübergenommen sind, so ist das zwar eine Ungenauigkeit in der Redaction, indem man dabei die Verschiedenheiten des materiellen Rechts nicht berücksichtigt hat; unmöglich aber kann man aus dieser ungenauen Redaction ableiten, daß das Gesetz die nach §. 45 und

nach dem ersten Satze des §. 204 allgemein zugelassenen Civilansprüche auf Privat-Entschädigungsansprüche habe beschränken wollen. Ein Grund dazu ist auch in der That nicht vorhanden. Die Reg. Motive zum §. 45 führen als Grund für die Zulassung der Civilpartei zum Strafverfahren den an, daß damit derselben, um zu ihrem Rechte zu gelangen, ein einfacher Weg eröffnet werde. Dieser Grund paßt aber eben so gut bei den Verletzungen der Ehre, als bei Verletzungen der Vermögensrechte. Wenn das materielle Recht einmal Civilansprüche auch aus Injurien gestattet, so sieht man in der That nicht ein, weshalb der dadurch Verletzte nicht dieselbe Stellung im Strafverfahren haben sollte, wie derjenige, welcher durch ein andres Vergehen in seinen Vermögensrechten beschädigt ist.

Auch kann man nicht deshalb, weil nach dem CGB. und nach dem PStG. der Strafrichter auf Verlangen des Beleidigten die Verurtheilung zur Privatgenugthuung mit aussprechen kann, die Zulassung des Beleidigten zu der Rolle der Civilpartei für überflüssig halten. Denn ohne diese Zulassung bleibt er nicht blos darin von der Ansicht der Staatsanwaltschaft abhängig, daß diese die Erhebung der öffentlichen Klagen immer verweigern kann, sondern auch darin, daß er bei der Verhandlung der Sache vor dem Richter keinen Antrag stellen *) und wider dessen Entscheidung seinerseits kein Rechtsmittel verfolgen kann. Als Civilpartei wird dagegen der Beleidigte eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache und eine viel selbstständigere Stellung haben.

Ebensowenig Grund hat es, wenn man sich darauf beruft, daß Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf nach dem Criminal-Gesetzbuche, wie nach dem Polizeistrafgesetze die Natur wirklicher

*) Nach dem frühern Verfahren konnte freilich der Beleidigte, wie jeder andre Verletzte, Anträge in Beziehung auf die Sache auch bei dem Strafrichter stellen; daß aber gegenwärtig kein Betheiligter, der nicht wirklich Civilpartei ist, mit solchen Anträgen vor dem erkennenden Gerichte auftreten kann, das folgt nicht blos analogisch aus der Bestimmung des §. 39 der StPO., sondern auch aus dem Wesen der Staatsanwaltschaft im jetzigen Strafverfahren.

Strafen angenommen haben. Allerdings ist es richtig, daß unter den leichtern Strafen im CGB. auch „Widerruf und Abbitte vor versammeltem Gericht" aufgeführt sind und daß der §. 13 des PStG. ganz allgemein „Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung" als Polizeistrafen benennt. Allein daraus ist doch auf keinen Fall zu schließen, daß diese Art der Satisfaction nun überhaupt kein Civilanspruch des Beleidigten mehr sei. Die BPO. gestattet ja im §. 391 ausdrücklich dem Beleidigten eine Klage auf Privatgenugthuung, d. i. auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung, und so lange diese Klage gestattet ist, müssen wir den damit verfolgten Anspruch als Civilanspruch gelten lassen. Daß dieselbe Genugthuung im Strafverfahren auch als Strafe auferlegt werden kann, beweiset nur, daß sie in verschiedener Gestalt — als Strafe und als Privatleistung — vorkommt, nicht aber daß ein Civilanspruch auf sie nicht mehr stattfindet. Wenn aber noch fortwährend der Civilanspruch auf Privatgenugthuung aus Injurien erwächst, so liegt auch kein innerer Grund vor, diesen Anspruch anders als andere Civilansprüche des Verletzten im Strafverfahren zu behandeln. OGVD. Dr. Francke.

3. Zum §. 207 und folg. der StPO. Darf die Staatsanwaltschaft auch dann gegen ein abgegebenes Urtheil Berufung erheben, wenn durch dasselbe ihren Anträgen vollkommen entsprochen ist *)? Darf sie namentlich eine in erster Instanz ausgesprochene Freisprechung oder Verurtheilung angreifen, wenn sie selbst die Freisprechung oder die Verhängung der erkannten Strafe beantragt hatte?

Für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage wird sich aus der Bestimmung im §. 207 Abs. 1 nichts entnehmen lassen.

*) Dieselbe Frage kann auch hinsichtlich des Angeschuldigten aufgeworfen werden Sie bietet jedoch nach dieser Richtung hin weniger Interesse. Der Angeschuldigte, wenn er seine Schuld in Abrede stellt, wird auf Freisprechung antragen, und gegen dieses Urtheil, welches bereits die ihm günstigste Entscheidung ausspricht, ist keine Berufung zulässig. In den Fällen aber, in welchen der Angeschuldigte seine Schuld eingesteht, wird selten ein Antrag auf Verhängung einer bestimmten Strafe von ihm gestellt werden. Es ist indessen nicht zu bezweifeln, daß, wenn die oben aufgeworfene Frage in Bezug auf die Staatsanwaltschaft bejahet werden muß, der Angeschuldigte aus denselben Gründen dieselbe Befugniß für sich in Anspruch nehmen darf.

Dort ist zwar gestattet, daß gegen die Entscheidungen eines Amtsgerichts oder einer Strafkammer Berufung zur Hand genommen werden darf; es sind aber die Voraussetzungen nicht bezeichnet, unter welchen dieses Rechtsmittel auf Erfolg rechnen darf. Diese Voraussetzungen werden vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen entnommen werden müssen, und es wird namentlich zur Erwägung gelangen müssen: ob der berufenden Staatsanwaltschaft mit Grund der Einwurf entgegengesetzt werden darf, daß ihr zuerkannt sei, was sie gefordert habe, daß sie mithin in keiner Weise durch ein Nichteingehen auf ihre Anträge vom Richter erster Instanz habe verletzt werden können, und daß sie, wenn ihr Interesse dennoch nicht die geeignete Beachtung gefunden habe, durch eigene Schuld, jedenfalls nicht durch Schuld des Richters erster Instanz leide. Ich glaube indeß nicht, daß dieser Einwand entscheidend sei, vielmehr scheint mir, namentlich im Hinblick auf die Vorschrift im §. 211 Abs. 5, ziemlich zweifellos zu sein, daß durch Berufung ganz allgemein, und ohne an dem Gesichtspunkte einer schuldvollen Verletzung des Berufenden durch den Richter erster Instanz festzuhalten, an die Stelle der Entscheidung dieses Richters, wenn sie in irgend einer Beziehung den Thatsachen oder dem Gesetze nicht entspricht, die richtigere Ansicht des höheren Richters gesetzt werden soll. Mithin wird die Zulässigkeit (Erfolg) der erhobenen Berufung nur von der Beantwortung der Frage abhängen: ist die ergangene Entscheidung an sich (absolut) richtig? Auf eine Uebereinstimmung des angegriffenen Urtheils mit den früheren Anträgen des Berufenden kann um so weniger etwas ankommen, als — abgesehen davon, daß diese Anträge selbst irrige sein können und die Uebereinstimmung mit ihnen die erfolgte unrichtige Entscheidung nicht zu einer an sich richtigen macht — der Richter, so viel die Beurtheilung der in die öffentliche Klage aufgenommenen Thatsachen betrifft, in keiner Weise und nach keiner Richtung hin durch sie gebunden ist *).

*) Diese durch §. 44 a. E. der StPO. dem Richter, den Anträgen der Staatsanwaltschaft gegenüber angewiesene unabhängige Stellung dürfte wohl für die Auffassung der Anfechtbarkeit der Entscheidung besonders maßgebend erscheinen. (Red.)

Er kann mithin aus ihnen keinen Entschuldigungsgrund für seinen Irrthum entnehmen. Aus eben diesem Grunde wird aber auch der Irrthum, welchen die Staatsanwaltschaft bei Stellung ihrer Anträge beging, sie in keiner Weise an der Geltendmachung einer berichtigten Auffassung hindern dürfen. Ebensowenig kann die relative Richtigkeit der unterrichterlichen Entscheidung der Abänderungsbefugniß des Berufungsrichters im Wege stehen. Denn wenn auch der Richter erster Instanz die zu *seiner* Kenntniß gelangten Thatsachen richtig beurtheilt und den von *ihm* benutzten Beweismitteln einen genügenden Einfluß auf die Bestimmung seiner Ueberzeugung nicht versagt hat, so ist dennoch seine Entscheidung eine irrige, dem Straffall an sich *nicht* angemessene, wenn das thatsächliche Material ihm *nicht* vollständig vorgelegen hat, namentlich wenn sachliche Momente nicht zu seiner Kenntniß gelangt sind, durch welche ein anderes, als das von ihm ausgesprochene Resultat hätte herbeigeführt werden können, oder wenn Beweismittel unbenutzt geblieben sind, durch welche eine Ueberführung zu erreichen gewesen wäre.

OGAssessor Hasenbalg.

4. Zum §. 211 der StPO. Kann der berufende einer Polizeiübertretung Bezüchtigte die Beiordnung eines Vertheidigers von Gerichtswegen verlangen?

Diese Frage ist durch eine ausdrückliche Vorschrift der St.-PO. nicht entschieden, auch sind Zweifel hinsichtlich ihrer Beantwortung bereits entstanden. Für die Bejahung dieser Frage läßt sich anführen, daß die Vorschrift des §. 203 Nr. 8 der StPO., nach welcher die Zuordnung eines Vertheidigers von Seiten des Gerichts bei der Verhandlung von Polizei-Straffachen nicht Statt finden soll, im vierten Buche jenes Gesetzes enthalten ist, welches nach der demselben vorgesetzten Bezeichnung seines Gebiets nicht die Verhandlung der Pol.St.S. überhaupt, sondern deren Verhandlung vor den Amts-Gerichten betrifft, und daß die Berufung auch in Pol.St.S. nicht vor den Amts-, sondern vor den OG. verhandelt wird. Es läßt sich dafür ferner anführen, daß nach dem §. 211 der StPO. das Verfahren vor dem Berufungs-Gerichte im Allgemeinen nicht dem vor dem Gerichte erster Instanz, sondern

dem vor der Straf=Cammer zu beobachtenden entsprechen soll, und daß in allen Verhandlungen vor der Straf=Cammer die Beiordnung eines Vertheidigers von Seiten des Gerichts verlangt werden kann. Allein der erste Grund führt nicht mit Nothwendigkeit dahin, daß jene Beschränkung nur für die erste und nicht auch für die zweite Instanz angenommen werden dürfe, wenn die Nothwendigkeit ihrer Ausdehnung auch auf diese aus andern gesetzlichen Bestimmungen folgt, und wenn auf gleiche Weise sich ergiebt, daß die ausdrücklich nur im Allgemeinen vorgeschriebene, also die Möglichkeit von Ausnahmen an sich zulassende Gleichheit des Verfahrens vor dem Berufungs=Gerichte und vor der Straf=Cammer hier eine solche Ausnahme erleiden müsse, so wird auch jener zweite Grund sein Gewicht verlieren. Dies dürfte aber der Fall, und daher die aufgeworfene Frage zu verneinen sein. Vor der Straf=Cammer, als solcher, nämlich — und gerade sie ist im angezogenen §. 211 genannt, nicht der kleine Senat der OG., — können überhaupt nur leichte Straffälle verhandelt werden, und der Begriff einer Polizei=Uebertretung ist nicht von dem Gerichte abhängig, vor welchem er zu verhandeln, sondern von den Straf=Gesetzen, nach welchen er zu beurtheilen ist; eine Polizei=Uebertretung verliert also diesen ihren Character auch nicht dadurch, daß sie in zweiter Instanz vor einem OG. zu verhandeln ist. Daß übrigens auch bei Anwendung der StPO. die Polizei=Uebertretungen nicht zu den leichten Straffällen im Gegensatze zu den schweren gerechnet werden dürfen, sondern den erstern als eine dritte Art strafbarer Gesetzes=Uebertretungen ebenfalls entgegengesetzt werden müssen, das ergiebt deutlich eine Vergleichung der §§. 2 und 5 mit dem §. 199 der StPO. Wenn nun aber der §. 73 derselben vorschreibt, daß dem Angeklagten oder Beschuldigten von Gerichts wegen ein Vertheidiger in allen schweren und leichten Straffällen nöthigenfalls beigeordnet werden müsse oder könne, ohne der Polizei=Uebertretungen überhaupt zu erwähnen, so beruht der Umstand, daß in jedem Verfahren vor der Straf=Cammer die Beiordnung eines Vertheidigers von Gerichts wegen verlangt werden könne, nicht auf der allgemeinen und deshalb auf das Verfahren vor dem Berufungs=Gerichte ohne Weiteres zu übertragenden Natur jenes erstern

Verfahrens, sondern auf der gesetzlichen Bestimmung des Zuständigkeits-Kreises der Straf-Cammer und auf der besondern, positiven Vorschrift des angezogenen §. 73. Beide werden durch bloße Auslegung an sich nicht leicht ausgedehnt werden dürfen, und zwar um so weniger, wenn auch andere gesetzliche Vorschriften einer solchen ausdehnenden Auslegung entgegenstehen, welches hier der Fall sein möchte. Der §. 74 der StPO. schreibt zweifellos vor, daß nur der vom Gerichte zugeordnete Vertheidiger Anspruch auf Vergütung aus Staatsmitteln habe, und das die Gebühren-Taxe in Strafsachen überhaupt und namentlich auch hinsichtlich der den Vertheidigern zukommenden Entschädigung feststellende Gesetz setzt im §. 10 die aus Staatsmitteln zu gewährende Entschädigung jener Art fest, und zwar nur für Vertheidigungen in leichten und schweren Straffällen, ohne der Polizei-Uebertretungen irgend zu erwähnen. Daß diese vergessen oder unter den leichten Straffällen mit begriffen seien, läßt sich, zumal bei der technischen Bedeutung dieses letztern Ausdruckes schon an sich überall nicht annehmen. Aber auch die Möglichkeit einer solchen Annahme muß gewiß verschwinden, wenn man erwägt, daß gleich der folgende §. 11, welcher die Gebühren derjenigen Vertheidiger regelt, die nicht vom Gerichte beigeordnet, sondern von den Betheiligten selbst zugezogen, und daher von diesen, nicht aus Staatsmitteln zu entschädigen sind, die Polizei-Uebertretungen neben den leichten und schweren Straffällen ausdrücklich und fortlaufend aufzählt. Da es nun auch in Polizei-Straffachen zweifellos jedem Bezüchtigten zusteht, des Beistandes eines selbstgewählten Vertheidigers sich zu bedienen, so dürfte aus diesem Allen mit Sicherheit darauf zurückzuschließen sein, daß die Zuordnung eines Vertheidigers von Gerichts wegen für die Verhandlung von Polizei-Uebertretungen durch das Gesetz weder geboten, noch auch nur gestattet, mithin die Eingangs erwähnte Bestimmung des §. 203 Nr. 8 der StPO. nicht auf das Verfahren in erster Instanz zu beschränken, vielmehr auch auf das in der Berufungs-Instanz auszudehnen sei. OGRath Ayrer.

5. Zum Steuerproceßgesetze vom 8. Nov. 1850. Ueber die Berechtigung der Steuerverwaltung, von dem verurtheilten Denunciaten die Erstattung der ihr durch die Aufstellung ihrer Vertreter erwachsenen Kosten zu verlangen.

Die Steuerverwaltung ist nach §. 6 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Steuercontraventionssachen vom 8. November 1850 verpflichtet, sich bei den Gerichten durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Bei der Auswahl dieser Bevollmächtigten ist sie, insoweit das Verfahren vor den Obergerichten in Frage steht, auf die bei diesen Gerichten angestellten Anwälte beschränkt, während sie dagegen bei den Amtsgerichten jede fähige Persönlichkeit, auch einen Steuerbeamten, mit der Wahrnehmung ihres Interesses beauftragen kann. Sie hat dieser Auflage des Gesetzes zur Zeit dahin Genüge geleistet, daß sie zu ihren Bevollmächtigten bei den Amtsgerichten die Steuerinspectoren ernannt und diesen die Befugniß, sich einen Substituten zu bestellen, beigelegt hat (Instruction vom 17. März 1853. §. 9), bei den Obergerichten dagegen einen Anwalt, mit dem sie sich im Voraus verständigt hat, für jeden einzelnen, zur Verhandlung in der Berufungsinstanz gelangenden Contraventionsproceß mit Vollmacht versieht. Die Steuerbeamten, welche als Bevollmächtigte der Verwaltung handeln, erhalten dafür eine besondere Vergütung nicht; die Anwälte aber, welche mit der Vertretung beauftragt worden, haben soweit dem Unterzeichneten bekannt geworden ist, ihre Gebühren nach der in bürgerlichen Rechtsstreiten geltenden Gebührentaxe, welche dem Vertheidiger des Denunciaten als Maßstab gesetzlich vorgeschrieben ist, (cf. Gebührentaxe in Strafsachen §. 17) den Steuerdirectionen, welche sie alsdann durch die Kreiscassen von dem Verurtheilten im administrativen Wege wieder einziehen, zu liquidiren. Die Steuerverwaltung hält sich berechtigt, diese, ihr durch die Aufstellung der genannten Bevollmächtigten erwachsenden Kosten von den zur Tragung der Kosten verurtheilten Denunciaten wiederzufordern. Sie geht dabei von der Erwägung aus, daß ihr *vor* dem Gesetze vom 8. Nov. 1850 die Kosten ihrer Anwälte erstattet wurden, und daß in *diesem* Rechtszustande durch jenes Gesetz und namentlich dadurch, daß ihren Bevollmächtigten die Functionen der Staatsanwaltschaft

in beschränkter Maaße zugewiesen worden, Nichts verändert sei. Diese Argumentation hat vielen Schein des Rechtes für sich, kann aber bei näherer Betrachtung nicht wohl gebilligt werden. Einmal wurde auch vor der neuen Gesetzgebung die K. Verwaltung nur in den höhern Instanzen durch Bevollmächtigte in der Verfolgung der Steuercontraventionen vertreten, in der untern Instanz gab es solche nicht, der Richter procedirte, nachdem ihm das Denunciationsprotocoll überreicht worden, ex officio. Der Denunciant ist sowenig für die Vergangenheit, als für die Gegenwart, als Bevollmächtigter der Verwaltung aufzufassen. Jedenfalls sind aber die Bevollmächtigten des jetzigen Processes keineswegs mit jenen Vertretern identisch. Der §. 6 des Gesetzes überweis't diesen nicht die Functionen der Staatsanwaltschaft und fügt damit nicht etwa zu dem alten Rechte etwas Neues hinzu, sondern schafft vielmehr ein ganz neues Institut. Die Einführung des Anklageverfahrens im Strafproceß, die Behandlung der Steuercontraventionen als Strafsachen, macht, da man Bedenken trug, die Anklage im Steuercontraventionsproceß der Staatsanwaltschaft zu übertragen, für diesen die Aufstellung besonderer Ankläger nothwendig und führte zu dem Institute der Bevollmächtigten der K. Steuerverwaltung. Diese sind für das gerichtliche Verfahren in Steuercontraventionssachen mit einigen unwesentlichen Unterschieden dasjenige, was die Staatsanw. für den eigentlichen Strafproceß sind. Ebensowenig, wie nun dem unterliegenden Gegner im Strafprocesse angesonnen wird, den Staat für die Bestellung der ihn vertretenden Staatsanwaltschaft oder diese für ihre Mühwaltung zu entschädigen, kann die K. Steuerverwaltung vom unterliegenden Denunciaten im Steuerprocesse diejenigen Kosten erstattet verlangen, die sie für ihre Vertretung aufzuwenden in der Lage gewesen ist. Weder für die Staatsanwaltschaft, noch für die Vertreter der Steuerverwaltung hat die Gebührentaxe in Strafsachen desfallsige Ansätze oder Bestimmungen. Beim Mangel solcher erscheint es aber umsomehr bedenklich, der Steuerverwaltung die Kosten der Vertretung erstatten zu lassen. Demgemäß verwarf auch das K. OG. Verden am 12. Sept. 1853 den desfallsigen Antrag der Steuerpartei.

OGAnwalt O. Koellner.

VIII.

Amtliche Erlasse.

---

1. Reglement des K. Justiz-Min. vom 23. Sept. 1853, den Dienst der Senatssecretaire der OG. betr.

Wir erlassen über den Dienst der Senatssecretaire der Obergerichte unter theilweiser Abänderung der Vorschriften Unserer Bekanntmachung vom 7. Septbr. 1852 die nachfolgenden Bestimmungen:

1) Die Festsetzung der Zeit, während welcher die Senatssecretaire im Gerichtslocale anwesend sein müssen, bleibt im Allgemeinen den Präsidenten der Obergerichte überlassen.

2) Es soll jedoch die Gerichtsschreiberei der einzelnen Senate für den Dienst des rechtsuchenden Publicums mit Ausnahme der Sonn- und Festtage während einer festbestimmten Zeit geöffnet sein, und zwar:

a) am Morgen von 8½ bis 10 Uhr an den Audienz- und Rathskammersitzungstagen und von 9 bis 12 Uhr an den übrigen Tagen;

b) am Nachmittage, mit Ausnahme jedoch der Ferientage, während einer Stunde, nach dem Ermessen der Präsidenten von 5 bis 6 oder von 6 bis 7 Uhr.

Die Präsidenten der Obergerichte können anordnen, daß der gesammte Dienst in der Nachmittagsstunde abwechselnd von einem der Senatssecretaire oder auch von einem der Obergerichtssecretaire überhaupt wahrzunehmen sei.

3) Es soll dem rechtsuchenden Publicum gestattet sein, Schriftsätze, anstatt dieselben auf der Gerichtsschreiberei zu übergeben, in einem zu diesem Zwecke im Gerichtslocale aufzustellenden verschlossenen Kasten niederzulegen.

Der Kasten ist zu festbestimmten, durch Anschlag an der Gerichtstafel bekannt zu machenden Zeiten von einem der Gerichtsvoigte zu eröffnen.

Die im Kasten niedergelegten Schriftsätze gelten als auf der Gerichtsschreiberei überreicht mit dem Zeitpuncte, zu welchem sie vom Gerichtsvoigte dem betreffenden Senatssecretair übergeben werden.

4) Ein. Arbeiten der Senatssecretaire nach Commissis soll in Betreff sowohl der älteren als der neueren Sachen nicht weiter Statt finden.

2. Just.-Min.-Rescript an die Präsidenten der OG. vom 24. Aug. 1853, den Wechsel in der Bildung der Senate betr.

Zur Ausführung des §. 40 S. 1 des Gerichtsverfassungs-Gesetzes vom 8. Nov. 1850 bestimmen wir, daß der Wechsel unter den Mitgliedern der Senate mit jedem 1. Septbr. einzutreten hat, überlassen jedoch für dieses Jahr dem Ermessen der Herren Präsidenten, ob der Wechsel am 1. Septbr. d. J. oder 1. Octbr. d. J. oder 1. Januar 1854 eintreten soll. Nach eingetretenem Wechsel wünschen wir Abschrift des über die Bildung der Gerichtsabtheilungen und die Zeit der Gerichtssitzungen aufzustellenden Regulativs zu erhalten.

3. Just.-Min.-Rescript an den Herrn OGDir . . . vom 16. Sept. 1853, die Verwendung der Gerichtsassessoren bei Bildung der Senate betr.

Aus dem, die Zusammensetzung der Senate für das Geschäftsjahr vom 1. Septbr. 185$^3/_4$ betr. Berichte vom $^7/_{11}$. d. M., haben Wir ersehen, daß Sie einen Hülfssenat in der Art gebildet haben, daß an demselben Theil nehmen sollen, ein Mitglied des großen Senats, ein Gerichtsassessor, ein Mitglied des großen Senats nach Ihrer jedesmaligen Bestimmung für die einzelnen Sitzungstage.

Wir können nicht annehmen, daß diese Bildung des Hülfssenats den Vorschriften des §. 39 des Gerichtsverfassungsgesetzes entspricht, da Gerichtsassessoren nach den Bestimmungen des §. 83 des gedachten Gesetzes im Allgemeinen als Mitglie-

der des einen oder andern Senats nicht angesehen werden können. Nur für einzelne Fälle, wenn sie als Hülfsrichter ein behindertes Senatsmitglied vertreten, erscheinen sie als Mitglieder des betr. Senats. Wenn das dritte Mitglied des Hülfssenats für die einzelnen Tage aus der Mitte der Mitglieder des großen Senats bestimmt werden soll, so ist hiebei nichts zu erinnern, Wir setzen jedoch voraus, daß Sie hiebei nach Vorschrift des §. 39 des Gerichtsverfassungsgesetzes eine vorher festgesetzte Reihenfolge beobachten werden.

4. Just.-Min.-Rescript an die Präsidenten der OG. vom 7. Oct. 1853, betr. die Zuziehung von Amtsrichtern und Gerichts-Assessoren bei Bildung der Schwurgerichtshöfe.

Wir haben ersehen, daß bei Bildung einzelner Schwurgerichtshöfe die Zuziehung von Amtsrichtern und Gerichts-Assessoren regelmäßig erfolgt, mitunter diese zugezogenen Personen sogar die Mehrzahl der beisitzenden Richter bilden. Auch bei den Sitzungen der Senate scheint hier und da von der Verwendung der Gerichts-Assessoren als Mitglieder mit entscheidender Stimme ein über das durch wirkliches Bedürfniß gebotene Maß hinausgehender Gebrauch gemacht zu werden. Ein derartiges Verfahren widerspricht der Absicht des Gesetzes und ist geeignet, das Ansehen der Gerichte, namentlich der Schwurgerichtshöfe in hohem Grade zu gefährden. Wir empfehlen daher den Herren Präsidenten, an den öffentlichen Gerichtssitzungen soviel irgend thunlich nur die zum festen Etat des Obergerichts gehörigen Richter mit entscheidender Stimme theilnehmen zu lassen, namentlich aber die zur Zeit der Schwurgerichts-Sitzungen etwa zu berufenden Hülfsrichter vorzugsweise den Senaten beizuordnen, endlich insbesondere die Gerichts-Assessoren, so oft deren Heranziehung mit entscheidender Stimme erforderlich, regelmäßig nur zu den Verhandlungen der einfacheren oder der eine Berufung gestattenden Sachen zu verwenden.

5. Just.-Min.-Rescript an die Staatsanwaltschaft des K. OG. zu Aurich vom 7. Octbr. 1853, die Vertretung der Amtsrichter betr.

Wir erwiedern auf das Berichts-Postscript vom 29. v. M.,

betr. die Verpflichtung eines Rechtskundigen zur Vertretung der Amtsgerichte in eiligen Fällen, daß die Ansicht, nach welcher der Substitut eines substituirten Amtsrichters bei Verhinderung des letztern dem dritten Amtsrichter substituirt sein soll, den Vorschriften des §. 25 des Gerichtsverfassungs-Gesetzes nicht entspricht. Im Falle, daß auch der substituirte Amtsrichter behindert sein sollte, wird es stets einer besonderen Beauftragung bedürfen.

6. Just.-Min.-Rescript an die Präsidenten der OG. vom 29. Sept. 1853, die Amtstracht der Hülfsrichter und Vertreter des Gerichtsschreibers betr.

In Anlaß entstandener Zweifel bestimmen Wir zur Auslegung des §. 47 Unsrer Bekanntmachung vom 7. Sept. 1852, betr. die Ausführung des Gerichtsverfassungs-Gesetzes, daß die darin für die höheren Gerichte vorgeschriebene Amtstracht auch von den als Hülfsrichter oder als Vertreter des Gerichtsschreibers zugezogenen Personen (Amtsrichter, Auditoren ꝛc.) zu tragen ist.

7. Just.-Min.-Rescript an den Herrn OGD. . . . vom 18. April 1853, Depositenschrank bei dem OG. betr.

Wir sind, wie Wir auf den Bericht vom $^{22}/_{26}$. Febr. d. J. erwiedern, darunter einverstanden, daß im Locale des Königlichen Obergerichts ein fester verschließbarer Schrank oder eine ähnliche Verwahrung sich befinden muß, und erklären Uns damit einverstanden, daß eine solche Einrichtung getroffen werde, falls sie zur Zeit im gedachten Locale sich nicht befindet. — Uebrigens können Wir der Ansicht nicht sein, daß auf Grund des §. 60 der BPO. baares Geld oder inländische Papiere zum Depositum des Königl. Obergerichts gelange, da die gedachte Vorschrift bezüglich des obergerichtlichen Verfahrens eine nothwendige Beschränkung durch die speciellen Vorschriften über das Depositenwesen erleidet. Die Obergerichte werden nur in der Lage sein, Depositenscheine entgegenzunehmen.

8. Just.-Min.-Rescript an die Staatsanwaltschaft des K. OG. zu Celle vom 1. Juli 1853, die mündlichen Vorträge der Auditoren vor Gericht unter Beistand der Anwälte, bez. Advocaten betr.

Auf die mittelst Berichts vom 31. Mai d. J. vorgelegte Vorstellung der Anwaltskammer zu Celle erwiedern Wir das Folgende:

Da der §. 103 der BPO. als zum mündlichen Vortrage vor den höheren Gerichten berechtigt nur Advokaten bezeichnet, so sind die Auditoren nicht für befugt zu erachten, vor den höheren Gerichten unter Beistand von Anwälten bez. Advocaten mündliche Vorträge zu halten. Dagegen kann es nach der Vorschrift des §. 104 der BPO. einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Auditoren unter Beistand von Advocaten im Verfahren vor den Amtsgerichten mündliche Vorträge zu halten, für berechtigt zu erachten sind. Wir werden den beregten Punct nicht außer Augen verlieren, können aber zur Zeit das Bedürfniß nicht anerkennen, die Verhältnisse im Wege der Gesetzgebung in anderer Weise zu regeln. — — —

9. Just.-Min.-Rescript an die Staatsanwaltschaft des K. OG. zu Celle vom 2. Febr. 1853, betr. Einsendung der OGActen an das K. OAG. ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft.

Wir erwiedern der K. Oberstaatsanwaltschaft auf den Bericht vom 26. v. M. wie Wir dafür halten:

daß in den durch die §§. 414, 438, 456 der BPO. betroffenen Fällen die Einsendung der Acten vom Obergerichte an das Oberappellations-Gericht durch die Gerichtsschreiberei ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft zu beschaffen ist.

Diese Ausnahme von der im §. 28 der BPO. über die geschäftliche Verbindung zwischen den Gerichten aufgestellten Regel gründet sich vornehmlich auf die Analogie des §. 429 des erwähnten Gesetzes, welcher auch die Fassung des citirten §. 414 entspricht und wird durch die Vorschrift der Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Nr. 14 e. unterstützt.

10. Just.-Min.-Rescript an das K. Amtsgericht Weener vom 22. Octbr. 1853, das Verhältniß der neuern Proceßnormen zu den Vorschriften der Allg. Preuß. Gerichts-Ordnung über den eigentlichen erbschaftlichen Liquidationsproceß betr.

Das Königliche Amtsgericht hat in seinem Berichte vom 28. Mai d. J. Unsere Entscheidung über Zweifel erbeten, welche dasselbe bezüglich des Verhältnisses der neueren Proceßnormen zu den Vorschriften der allgemeinen Gerichts-Ordnung über den eigentlichen erbschaftlichen Liquidationsproceß (Theil I. Titel 51, §§. 68 ff. der AGO.) hegt. Wenngleich Wir nun zur Zeit nicht für erforderlich erachten, diese Entscheidung nach Maßgabe des §. 682 der BPO. zu ertheilen, so tragen Wir doch kein Bedenken, dem Königlichen Amtsgerichte Unsere Ansicht über den fraglichen Punkt im Nachfolgenden zu eröffnen.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 662 der BPO. sollen über die derogirende Wirksamkeit dieses Gesetzes rücksichtlich der preußischen Gesetzgebung neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die besonderen Vorschriften der §§. 663—680 entscheiden. Eine Erläuterung des allgemeinen Princips findet sich in den Regierungsmotiven zu den §§. 662 und 663 des Regierungsentwurfs. Aus diesen geht hervor, daß den Landestheilen des preußischen Rechts mit den übrigen Landestheilen die Vorschriften über das eigentliche Proceßverfahren durchweg; die in die Proceßordnung aufgenommenen materiell processualischen Vorschriften aber insofern gemeinsam sein sollen, als nicht besondere aus dem preußischen Rechtssysteme zu entnehmende Gründe entgegenstehen, während umgekehrt rücksichtlich der in die Proceßordnung nicht aufgenommenen materiell processualischen Vorschriften das bestehende preußische Recht, insofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, fortbestehen soll. Die Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes auf das hier fragliche Verhältniß kann erheblichern Bedenken nicht unterliegen, da aus den Vorschriften des Theil I. Titel 51, §§. 57, 58 der AGO. mit großer Bestimmtheit hervorgeht, daß der erbschaftliche Liquidationsproceß mit dem dem Landrechte eigenthümlichen, dem gemeinen Rechte unbekannten Grundsatze, daß der mit der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe die

Erbschaftsgläubiger bei Meidung des Haftens mit dem eigenen Vermögen prioritätsmäßig befriedigen muß, im engsten Zusammenhange steht, durch ihn als Bedürfniß hervorgerufen ist und in ihm seine Grundlage und Voraussetzung findet. Besondere Gründe, von dem Ergebnisse der allgemeineren Betrachtung abzuweichen, liegen nicht vor, werden insbesondere nicht durch die Vorschriften des die Liquidationsprocesse und Aufbietungen der AGO. speciell bezielenden §. 674 der BPO. an die Hand gegeben.

Durch die Eingangsworte des §. 674 der BPO. wird nicht der Titel 51, Theil I. der AGO. aufgehoben, es wird vielmehr nur gesagt, daß die Vorschriften der §§. 498 ff., 595 ff. der BPO. an die Stelle der desfallsigen (d. h. entsprechenden) Bestimmungen des Tit. 51, Th. I. der AGO. treten sollen. Diesem allen nach müssen Wir dafür halten, wohin auch die Ansicht des Königlichen Amtsgerichts neigt, daß die Vorschriften der AGO. Th. I. Tit. 51, §§. 69 ff. über das Verfahren in Ansehung der Activmasse fortbestehen, abgesehen von den beiläufig bezogenen allgemeinen rein processualischen Normen. Dagegen werden die Vorschriften über Ausmittelung der Passivmasse und Vertheilung derselben (AGO. Th. I. Tit. 51, §§. 84 ff. §§. 90 ff.) durch die im §. 674 der BPO. bezogenen Vorschriften der §§. 498 ff., insbesondere §. 501, 4 und der §§. 597, 599, 600, 601 der BPO. modificirt. Dem Königlichen Amtsgerichte erscheint die Anwendbarkeit der §§. 498 ff. der BPO. nicht, wohl aber die der §§. 597, 599, 600, 601 zweifelhaft, weil die im §. 674 bezogenen §§. 595 ff. nicht von Erbschafts-, sondern von Executions- und Subhastations-Massen reden. Es ist nun allerdings richtig, daß die §§. 595 ff., als ein zusammenhängendes Ganzes aufgefaßt, nur Executions- und Subhastationsmassen zum Gegenstande haben, allein betrachtet man die gedachten Vorschriften einzeln für sich, so ergiebt sich, daß mehrere derselben und zwar die §§. 597, 599, 600, 601 einen allgemeineren Charakter an sich tragen, daß dieselben somit überall Platz finden können und müssen, wo es sich um ein Vertheilungsverfahren unter mehrere Gläubiger, abgesehen vom Falle des Concurses, handelt. Hiergegen kann auch kein Bedenken erregen, daß im §. 674. der BPO. nicht

die §§. 597, 599, 600, 601 allein, sondern die §§. 595 ff. bezogen sind, indem zu erwägen, daß im §. 674 nicht allein vom erbschaftlichen Liquidationsprocesse, sondern von den Liquidationsprocessen und Aufbietungen überhaupt, somit insonderheit vom eigentlichen Liquidationsprocesse über Grundstücke (AGO. Th. I. Tit. 51, §§. 2 ff.) und demgemäß also auch von Subhastationsmassen die Rede ist.

11. Just.=Min.=Rescript an die Staatsanwaltschaft des K. OG. zu Lüneburg vom 7. März 1853, die bisherige Gebührenfreiheit nach den neuen Proceßgesetzen betr.

Auf den Bericht vom 28. v. M., betr. die Fortdauer der vor dem 1. October v. J. bestandenen gänzlichen bez. theilweisen Freiheit von Gebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für gewisse Classen von Personen und Behörden, eröffnen Wir der Staatsanwaltschaft Unsere Ansicht dahin, daß die Frage über Gebührenfreiheit durch die Vorschriften der neueren Proceßgesetze nicht berührt wird, so daß alle Gebührenfreiheiten, insoweit sie vor dem 1. Octbr. v. J. wirklich rechtsgültig bestanden, auch nach diesem Zeitpunkte rechtsgültig fortdauern werden.

12. Just.=Min.=Rescript an die Staatsanwaltschaften vom 16. Aug. 1853; betr. das gerichtliche Verfahren gegen die in wilder Ehe lebenden Personen.

Die Königlichen Ministerien des Innern und der geistlichen und Unterrichts=Angelegenheiten haben Sich vor einiger Zeit bewogen gefunden, allgemeine Verfügungen zu erlassen, um dem sich verbreitenden Uebel der wilden Ehen entgegenzuwirken. In dem über diesen Gegenstand von dem Königlichen Ministerio des Innern an die sämmtlichen Königlichen Landdrosteien und die Königliche Berghauptmannschaft in Clausthal erlassenen Ausschreiben ist namentlich Folgendes enthalten:

„Das vielfach bemerkte Ueberhandnehmen der wilden Ehen macht eine strenge Beachtung dringend nothwendig. Wir wünschen, daß die Obrigkeiten angewiesen werden, unter Mitwirkung der Pfarrer und Gemeindevorsteher die Fälle zu erkundigen, in welchen in ihren Bezirken ein offenkundiges Zusammen=

leben im Concubinate Statt findet. Finden sich darunter Fälle, wo die wilde Ehe schon länger bestanden hat und namentlich Kinder daraus erwachsen sind, so ist von Amtswegen zu erwägen, ob zur Beseitigung dieses Verhältnisses ein Trauschein zu ertheilen sei. Es soll diese Erwägung zwar nicht zu einer Begünstigung des strafbaren Paares führen; jedoch ist dabei das Gewicht des Umstandes nicht zu übersehen, daß aus einer bereits längere Zeit Statt gehabten Ernährung einer Familie an einem Orte die Wahrscheinlichkeit, dort auch ferner Unterhalt zu finden, im Zweifel gefolgert werden kann; daß ferner diejenige Gemeinde, welche ein längeres Zusammenleben der betreffenden Personen geduldet hat, ohne ein Einschreiten der Obrigkeit zu veranlassen, sich durch die definitive Zuweisung der fraglichen Familie mit Recht nicht beschwert erachten kann."

„Erscheint es aber unthunlich, das Concubinat durch Eheschließung zu beseitigen, so ist mit Nachdruck darauf zu halten, daß das gesetzliche Strafverfahren und eine Trennung der betreffenden Personen veranlaßt werde (§. 94 des Polizeistrafgesetzes)."

„Da die Mitwirkung der Pfarrer bei den Maßregeln gegen wilde Ehen, namentlich bei der Ermittelung derselben und bei der Frage, ob eine Trauung zuzulassen, und in Fällen, wo dies nöthig erscheint, herbeizuführen sei, von entschiedener Wichtigkeit ist, so haben Wir das Königliche Ministerium der geistlichen und Unterrichts-Angelegenheiten um Veranlassung der hiezu dienlichen Anweisungen ersucht."

Wenn jedoch ein gedeihlicher Erfolg von den bisherigen Schritten nur dann zu gewärtigen ist, wenn auch von Seiten der gerichtlichen Behörden gegen die in wilder Ehe lebenden Personen mit aller Energie verfahren und das Strafgesetz gegen dieselben mit größter Strenge zur Anwendung gebracht wird, so haben Wir Uns veranlaßt gefunden, die Staatsanwaltschaften aufzufordern, diesem Gegenstande eine besondere Aufmerksamkeit zu widmen, namentlich auch Ihre Vertreter bei den Amtsgerichten mit den entsprechenden Weisungen zu versehen.

13. Just.=Min.=Rescript an den Herrn OGD. . . zu . . . vom 16. Sept. 1853, die Berichtserstattung der Untersuchungsrichter in der Rathscammer des OG. betr.

Aus dem Berichte vom 2. d. M., die Bildung der Gerichtsabtheilungen und die Zeit der Sitzungen bei dem Obergerichte zu . . . . vom 1. Septbr. 1853 an betreffend, haben Wir ersehen, daß die Untersuchungsrichter des Obergerichts . . . . bisher nur schriftlich der Rathscammer berichtet haben und Ihr Wunsch dahin geht, dieselben in den geeigneten Fällen zu mündlichen Vorträgen und Erläuterungen zu veranlassen. Ist nun gleich nicht in der Strafproceßordnung ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Untersuchungsrichter mündlich Bericht zu erstatten haben, so ergiebt sich dieses doch aus den der Strafproceß=Ordnung zum Grunde liegenden Principien mit solcher Bestimmtheit, daß eine schriftliche Berichterstattung wohl nur in ganz außerordentlichen Fällen gerechtfertigt erscheinen dürfte. Wir müssen um so mehr wünschen, daß diesem gemäß auch bei dem Obergerichte . . . . verfahren werde, als eine mündliche Berichtserstattung in der Rathscammer für die Sache selbst sowohl als den Geschäftsgang ersprießlicher sein dürfte, als schriftliche Berichtserstattung.

14. Just.=Min.=Rescript vom 17. Aug. 1853 an die Vorsitzenden und resp. Staatsanwaltschaften der Obergerichte, die Registrirung der genauen Zeit der Urtheilspublication so wie der Einlegung ꝛc. der Rechtsmittel in Strafsachen.

Damit aus den Criminalacten der Gerichte sich stets mit völliger Bestimmtheit ergebe, ob die Fristen des Rechtsmittels, insbesondre der Nichtigkeitsbeschwerde eingehalten sind, so beauftragen Wir den Vorsitzenden des K. Obergerichts, Namens Unserer die dortigen Obergerichtssecretaire (die Staatsanwaltschaft, Namens Unserer die sämmtlichen Gerichtsschreiber der Amtsgerichte ihres Bezirks) anzuweisen, daß sie die Tageszeit der Publication des Urtheils und der Einlegung des Rechtsmittels, sowie auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde der Rechtfertigung immer ausdrücklich vermerken.

Literarischer Anzeiger.

Nachstehende Bücher sind durch alle Buchhandlungen, in Hannover durch Carl Rümpler, zu beziehen.

In der Helwing'schen Hofbuchhandlung in Hannover ist so eben erschienen:

Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover.

Von

Dr. A. Leonhardt.

3. Bd. Das Gerichtsverfassungsgesetz u. dessen Nebengesetze.

2. sehr vermehrte und verbesserte Auflage.

gr. 8. geh. 1 ℛ 4 *ggr.*

Mit dem Erscheinen dieses 3. Bandes ist jetzt das Werk in der 2. gänzlich verbesserten Auflage wieder vollständig zu haben und kostet complet in 3 Bänden 4 ℛ 12 *ggr.*

Helwing'sche Hofbuchhandlung in Hannover.

Im Verlage der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei in Berlin ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen,

besonders

von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen, vom Asylrecht und von der Auslieferung der Verbrecher, von der Rückwirkung der Strafgesetze und vom Rechtsirrthum.

Von

Dr. Albert Friedrich Berner,

Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Berlin.

8. geh. Preis 1 Thlr. 6 Sgr.

Im Unterzeichneten Verlags-Comptoir ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Rechtssätze aus Erkenntnissen des Königl. Ober-Appellationsgerichts zu Dresden. Herausgegeben von Gustav Adolph Ackermann, Appellationsrath.

Neue Folge. I. Band. Heft 1—4. Preis 2 Thlr. 20 Ngr.
II. Band. Heft 1—4. Preis 2 Thlr. 20 Ngr.
III. Band. Heft 1. 2. Preis 1 Thlr. 10 Ngr.
Alle 10 Hefte zusammen 6 Thlr. 20 Ngr.

Derselbe, **Repertorium** für Sächsische Juristen. Preis 2 Thlr. **Verlags-Comptoir in Grimma.**

Im Verlage der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung in Wismar ist erschienen:

Neue vollständige Gesetzsammlung für die mecklenburg-schwerinschen Lande vom Anbeginn der Thätigkeit der Gesetzgebung bis 1800. 5 Bände. 10 Thlr.

Die Fortsetzung derselben von 1800 bis 1852, vom Adv. **W. Raabe.** 4 Bände. 19½ Thlr.

Materialien zu einem Handbuche des mecklenburg-schwerinschen Particular-Civilprocesses, vom Ober-Appellations-Rathe **Trotsche.** 2 Bände. 4 Thlr. 26½ Ngr.

Soeben erschien und ist durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Der neue Pitaval. Herausgegeben von **Dr. J. E. Hitzig** und **Dr. W. Häring (W. Alexis).** Zwanzigster Theil. Neue Folge. Achter Theil. 12. Geh. 2 Thlr.

Um die Anschaffung dieser bekannten Sammlung der interessantesten Criminalgeschichten aller Länder aus älterer und neuerer Zeit zu erleichtern, ist der Preis der **Ersten Folge** (12 Theile, 1842—47, 23 Thlr. 24 Ngr.) **auf 12 Thlr. ermäßigt** worden.

Leipzig, im October 1853. **F. A. Brockhaus.**

Bei **Joh. Ambr. Barth** in Leipzig ist so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Pandekten von G. F. Puchta.

Siebente vermehrte Auflage.

Nach dem Tode des Verfassers besorgt
von
Dr. A. Rudorff.
Geh. Justizrath u. ordentl. Professor der Rechte in Berlin.

50 Bogen gr. 8. geh. Preis 4 Thlr. preuß.

Bei **Joh. Ambr. Barth** in Leipzig ist so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Lehrbuch der Institutionen
des römischen Rechtes
von
Theodor Marezoll.

Fünfte ganz umgearbeitete Auflage.
35½ Bogen gr. 8. geh. Preis 2½ Thlr. preuß.

In **Baumgärtners Buchhandlung** zu Leipzig ist erschienen und an alle Buchhandlungen versendet worden:

Theorie und Casuistik
des gemeinen
Civilrechts
von
Rudolph Freiherr von Holzschuher,
Doctor der Rechte und vormalig Reichsstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten.

Dritter Band
enthaltend Supplemente.
Mit einem eignen Register.
gr. 8. broch. Preis 1 Thlr. 22½ Ngr.
I. u. II. Band kosten 12 Thlr. Das ganze Werk complet 13 Thlr. 22½ Ngr.

Im Verlage der Unterzeichneten ist so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

HAND-LEXICON
der juristischen Literatur
des XIX. Jahrhunderts.
Von
O. A. Walther,
Kreisgerichts-Rathe zu Sondershausen.
Erste Hälfte.
Gross Lexicon-Octav, brochirt, Preis 3 Thlr. = 5 fl. 24 Xr.

☞ Die zweite Hälfte (Schluss) wird zuverlässig noch im Lauf dieses Jahres erscheinen.

J. Jansen & Comp. in Weimar.

Bei **Carl Rümpler** in Hannover ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Die

Gerichtsbarkeit in Ehesachen.

Ein Beitrag

zur

Würdigung der Vorlagen der Königlichen Regierung und ihrer Beurtheilung

durch

den Herrn Ob.-App.-Rath **v. Werlhof** in Celle.

Vom

Regierungsrath **Brüel** zu Hannover.

gr. 8. Geheftet 8 Ggr.

E. E. F. M.